



UNIVERSIDAD DE A CORUÑA
FACULTAD DE DERECHO

LOS ACUERDOS DE PRECIOS EN LA BANCA

FERNANDO GARCÍA CACHAFEIRO

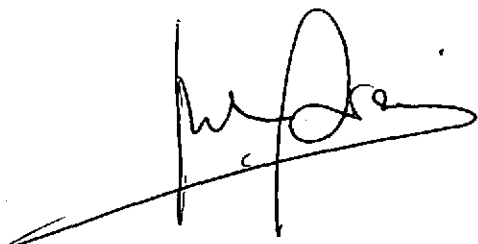
UNIVERSIDAD DE A CORUÑA
FACULTAD DE DERECHO

LOS ACUERDOS DE PRECIOS EN LA BANCA

Tesis que para alcanzar el Grado de Doctor, presenta el
Licenciado en Derecho D. FERNANDO GARCÍA
CACHAFEIRO, bajo la dirección del Catedrático de Derecho
Mercantil de la Facultad de Derecho de la Universidad de A
Coruña, DR. D. MANUEL AREÁN LALÍN.

Vº Bº

El Director

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'M. Areán', with a long horizontal stroke extending to the left.

A CORUÑA

2002

ÍNDICE

	<u>Págs.</u>
ABREVIATURAS.....	1
PRELIMINAR.....	7
 CAPÍTULO PRIMERO	
EL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LA ACTIVIDAD BANCARIA	
I. PANORÁMICA GENERAL DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA.....	17
1. La legislación <i>antitrust</i> norteamericana.....	17
1.1 <i>Antitrust Laws</i>	17
1.1.1 El artículo 1 de la <i>Sherman Act</i>	22
1.1.2 Otros preceptos <i>antitrust</i>	31
A. Monopolización del mercado.....	31
B. Contratos vinculados.....	32
C. Concentraciones.....	33
D. Precios predatorios.....	34
E. Conductas desleales.....	35
F. Legislaciones estatales.....	35
1.2 Las agencias <i>antitrust</i> norteamericanas.....	36
1.2.1 El Departamento de Justicia.....	37
1.2.2 La <i>Federal Trade Commission</i>	37
1.2.3 Los tribunales federales.....	39
1.2.4 Las autoridades estatales.....	39
2. El Derecho de la competencia comunitario.....	40
2.1 Las normas de competencia del Tratado CE.....	40
2.1.1 Pluralidad de objetivos.....	40
A. Fines distintos de la eficiencia económica.....	43
a) La integración del mercado común.....	43
b) Competencia justa o equitativa.....	45
B. Alcance.....	47
a) Punto de vista substantivo.....	47
b) Punto de vista formal.....	50
C. Revisión de los objetivos tradicionales.....	51
2.1.2 El artículo 81 CE: la interpretación tradicional.....	54
A. La interpretación estricta de la prohibición.....	55
B. Causas de la rigidez de la Comisión.....	58
C. Negativas consecuencias de la interpretación estricta.....	61
D. Medidas adoptadas por la Comisión.....	63

E. La alternativa de la <i>rule of reason</i>	64
2.1.3 Presente y futuro del artículo 81 CE.....	68
A. Reforma legislativa.....	68
a) El proyecto de reglamento de aplicación de los artículos 81 y 82 CE.....	69
b) Los nuevos reglamentos de exención por categorías.....	73
B. El <i>case-law</i> de los tribunales comunitarios.....	75
2.1.4 Otros preceptos <i>antitrust</i>	79
A. Abuso de posición dominante.....	79
B. Concentraciones.....	80
C. Legislaciones de los Estados miembros.....	82
2.2 Las autoridades competentes para aplicar las normas de competencia comunitarias.....	83
2.2.1 La Comisión.....	83
2.2.2 Los tribunales comunitarios.....	85
2.2.3 Las autoridades de competencia nacionales.....	86
2.2.4 Los tribunales de los Estados miembros.....	87
2.3 Conclusión: la <i>americanización</i> del Derecho de la competencia comunitario.....	89
3. El Derecho de la competencia español.....	93
3.1 La Ley de Defensa de la Competencia.....	93
3.1.1 El artículo 1 de la LDC.....	93
A. Interpretación estricta del artículo 1 LDC.....	95
B. Introducción paulatina del análisis económico de las conductas.....	99
C. La doctrina de la <i>aptitud restrictiva</i> de las conductas.....	102
D. Valoración.....	107
3.1.2 Otros preceptos <i>antitrust</i>	112
A. Abuso de posición dominante.....	112
B. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales.....	113
C. Control de concentraciones.....	114
3.2 Autoridades encargadas de la aplicación de la LDC.....	115
II. APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA EN EL SECTOR BANCARIO.....	117
1. Banca y <i>antitrust</i> en los Estados Unidos.....	117
1.1 Aplicabilidad del Derecho <i>antitrust</i> a la banca.....	117
1.2 Particularidades del Derecho <i>antitrust</i> en el sector bancario.....	121
1.3 Principales focos de atención en el sector del crédito.....	123

2. Los bancos y la política de competencia comunitaria.....	126
2.1 Aplicabilidad del Derecho de la competencia a la banca.....	126
2.1.1 La posición del Tribunal de Justicia.....	128
2.1.2 Los servicios bancarios como servicios de interés general.....	130
2.2 Principales focos de atención de las autoridades comunitarias.....	134
3. La banca y la competencia en España.....	135
3.1 Aplicabilidad de la LDC a la banca.....	135
3.1.1 Escasa aplicación de la Ley de Prácticas Restrictivas de 1963.....	136
3.1.2 La regulación de las comisiones y los tipos de interés en España...	137
3.1.3 La reacción de las entidades de crédito ante el marco competitivo	141
3.2 Principales focos de atención.....	145

CAPÍTULO SEGUNDO

LA COMPETENCIA EN MATERIA DE PRECIOS ENTRE LOS BANCOS NORTEAMERICANOS

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....	149
II. LAS COMISIONES E INTERESES EXIGIBLES A LA CLIENTELA.....	152
III. LA TASA DE INTERCAMBIO.....	154
1. Funcionamiento de las comisiones interbancarias.....	155
2. El caso <i>Nabanco</i> (1986).....	157
3. El caso <i>Financial Interchange</i> (1988).....	164
4. Valoración de la jurisprudencia analizada.....	170
4.1 El poder de mercado de las redes bancarias.....	171
4.2 Objetividad de la comisión uniforme.....	175
4.3 Adhesión voluntaria al sistema de retribución homogéneo.....	179
4.4 ¿Constituye la tasa de intercambio un instrumento necesario para el funcionamiento de las redes bancarias?.....	180
4.4.1 Tarjetas de crédito.....	182
4.4.2 Cajeros automáticos.....	185

IV. ALTERNATIVAS MENOS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA..	188
1. Tarjetas de crédito: alternativas propuestas.....	189
2. Cajeros automáticos: especial referencia a los <i>recargos</i> en los terminales.....	192
2.1 El caso <i>Valley Bank v. Plus</i> (1990).....	195
2.2 El asunto <i>Sothtrust v. Plus</i> (1995).....	200
2.3 La generalización de los recargos entre los bancos norteamericanos a finales de la década de los noventa.....	206
2.3.1 Iniciativas legislativas encaminadas a prohibir los recargos.....	208
2.3.2 Polémica acerca de la compatibilidad de las disposiciones estatales y municipales sobre recargos con la legislación bancaria federal...	211
A. Planteamiento del problema.....	211
B. Supremacía del Derecho federal y prohibición de recargos....	214
2.4 Efectos de los recargos sobre la competencia.....	218
 CAPÍTULO TERCERO	
LOS ACUERDOS DE PRECIOS EN EL SECTOR BANCARIO DE LA UNIÓN EUROPEA	
I. ANTECEDENTES.....	229
1. Primeros pronunciamientos de la Comisión acerca de la competencia bancaria en materia de precios.....	229
2. Consecuencias de la sentencia <i>Züchner</i> sobre los acuerdos de precios.....	232
II. LA DOCTRINA EUROCHEQUE.....	238
III. ACUERDOS SOBRE PRECIOS INTERBANCARIOS.....	244
1. La constante aplicación por la Comisión de la <i>doctrina eurocheque</i> en la década de los ochenta.....	244
1.1 El asunto <i>Comité Permanente de los Bancos Irlandeses</i>	244
1.2 El asunto <i>Asociación Belga de Bancos</i>	245
1.3 El asunto <i>Asociación Bancaria Italiana</i>	250
2. El asunto <i>Bancos Holandeses</i> (1989).....	255

3. La Comunicación de la Comisión de septiembre de 1995 sobre la política de competencia y transferencias transfronterizas.....	260
3.1 Aplicabilidad del artículo 81.1 CE a las comisiones interbancarias multilaterales.....	263
3.2 Interpretación restrictiva de las condiciones de exención de la comisión interbancaria uniforme.....	266
4. Casos posteriores concluidos sin decisión formal de la Comisión.....	268
4.1 El asunto <i>Asociación Bancaria del ECU</i> (1996).....	268
4.2 El caso <i>Asociación IBOS</i> (1996).....	269
4.3 El caso <i>Eurogiro</i> (1996).....	270
4.4 El asunto <i>Asociación Danesa de Bancos</i> (1996).....	270
4.5 El caso <i>TARGET</i> (1997).....	271
5. El asunto <i>Bancos holandeses: acuerdo GSA 1991</i> (1999).....	275
6. Posición actual de la Comisión.....	281
6.1 Condiciones de exención de la comisión interbancaria.....	283
6.2 Alternativas menos restrictivas de la competencia: la <i>regla de no-discriminación</i>	288
IV. PACTOS SOBRE PRECIOS BANCARIOS QUE DEBE ABONAR LA CLIENTELA.....	294
1. Comisiones.....	294
1.1 Decisiones de la Comisión en la década de los ochenta.....	294
1.2 La decisión <i>Eurocheques: acuerdo de Helsinki</i> (1992).....	298
1.3 Posición actual de la Comisión.....	310
1.3.1 El caso <i>Bancos austriacos: Lombard Club</i>	311
1.3.2 El caso <i>Comisiones vinculadas al cambio de monedas en la zona Euro</i>	312
2. Tipos de interés.....	314

2.1 La Comisión se abstiene de intervenir en sus primeras decisiones formales en el sector bancario.....	316
2.2 La Sentencia del Tribunal de Justicia en el caso <i>Van Eycke</i> (1988).....	318
2.3 La Comisión se decide a actuar contra los acuerdos bancarios sobre tipos de interés.....	326
2.4 La Sentencia del TJCE en el caso <i>Bagnasco</i> (1999).....	330
2.4.1 Normas uniformes sobre intereses y artículo 81 CE.....	332
2.4.2 Normas uniformes sobre intereses y artículo 82 CE.....	338
2.5 Política actual de la Comisión.....	340
2.5.1 Acuerdos sobre intereses de naturaleza privada.....	340
2.5.2 Acuerdos de naturaleza pública en los países pertenecientes a la UME.....	340
2.5.3 Acuerdos de naturaleza pública en los países que no participan en la UME.....	343

CAPÍTULO CUARTO

LOS PRECIOS BANCARIOS EN EL DERECHO ESPAÑOL DE LA COMPETENCIA

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	351
II. ACUERDOS SOBRE PRECIOS BANCARIOS EXIGIBLES A LA CLIENTELA.....	353
1. El expediente <i>Asociación Española de la Banca Privada</i> (1993).....	354
2. El expediente <i>Tipos de Interés de Bancos</i> (1996).....	364
3. El expediente <i>Hipotecas CECA</i> (1996).....	369
4. El expediente <i>Entidades de crédito</i> (1997).....	372
5. El expediente <i>Banca Privada</i> (1997).....	375
6. El expediente <i>Banco Hipotecario</i> (1999).....	380
7. El expediente <i>Fecha de Valor Operaciones Bancarias</i> (2000).....	382
III. PACTOS SOBRE COMISIONES INTERBANCARIAS UNIFORMES....	385
1. Actividad política relacionada con las tasas de intercambio y de descuento.....	385

1.1 Posibilidad de fijar por vía reglamentaria comisiones máximas.....	387
1.2 El acuerdo sectorial sobre reducción progresiva de tarifas.....	388
1.3 El informe del TDC sobre tarjetas bancarias (1999).....	390
2. El expediente <i>Tasas de Pago con Tarjeta</i> (2000).....	393
3. El expediente <i>Sistema Euro 6000 CECA</i> (2001).....	399
4. Valoración.....	403
 CONCLUSIONES.....	 407
 RELACIÓN DE CASOS EXAMINADOS.....	 445
 BIBLIOGRAFÍA.....	 457

ABREVIATURAS

ABB/BVB.....	Association Belge des Banques/Belgische Vereniging der Banken
ABI.....	Associazione Bancaria Italiana
AC.....	Actualidad Civil
ADI.....	Actas de Derecho Industrial
ADC.....	Anuario de Derecho Civil
AEB.....	Asociación Española de la Banca Privada
Act. Inf.....	Actualidad Informática Aranzadi
Am. Banker.....	American Banker
Am. Econ. Rev.....	American Economic Review
Am. J. Int'l. L.....	American Journal of International Law
Ann. Rev. Banking L.....	Annual Review of Banking Law
Antitrust.....	Antitrust Magazine
Antitrust Bull.....	Antitrust Bulletin
Antitrust L. J.....	Antitrust Law Journal
Anuario FDUUC.....	Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña
AUSBANC.....	Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios
Banking L. J.....	Banking Law Journal
Banking L. Rev.....	Banking Law Review
Banking Pol'y Rep.....	Banking Policy Report
BBTC.....	Banca, Borsa e Titoli di Credito
BCE.....	Banco Central Europeo
B. C. L. Rev.....	Boston College Law Review
BICE.....	Boletín Económico de Información Comercial Española
BILAJ.....	British Insurance Law Association Journal
BLC.....	Boletín Latinoamericano de Competencia
BNA's Banking Rep.....	Bureau of National Affairs' Banking Report
BOCG.....	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE.....	Boletín Oficial del Estado
Bol.UE.....	Boletín de la Unión Europea
Bus. Law.....	Business Lawyer
Cal. L. Rev.....	California Law Review
Cardozo L. Rev.....	Cardozo Law Review
Case W. Res. L. Rev.....	Case Western Reserve Law Review
CATO Brief. Papers.....	CATO Institute Briefing Papers
CC.....	Código Civil
CDC.....	Cuadernos de Derecho y Comercio
CDE.....	Cahiers de Droit Européen
CE.....	Tratado de la Comunidad Europea
CE Aranzadi.....	Comunidad Europea Aranzadi
CED.....	Cuadernos Europeos Deusto
CEE.....	Comunidad Económica Europea
CEPS.....	Centre for European Policy Studies
Clarks' B.D.P.M.....	Clarks' Bank Deposits and Payments Monthly
CLP.....	Current Legal Problems
CMLRev.....	Common Market Law Review

Colum. Bus. L. Rev.....	Columbia Business Law Review
Colum. L. Rev.....	Columbia Law Review
Contemp. Pol. Issues.....	Contemporary Polity Issues
Consumer Fin. L. Q. Rep.....	Consumer Finance Law Quarterly Report
Cont. Imp.....	Contrato e Impresa
CPNewsI.....	Competition Policy Newsletter
CSB.....	Consejo Superior Bancario
Cuad. Ec. ICE.....	Cuadernos Económicos de Información Comercial Española
DCI.....	Diritto del Commercio Internazionale
Det. C. L. Rev.....	Detroit College of Law Review
DN.....	Derecho de los Negocios
DOCE.....	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DSCD.....	Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados
Duke L. J.....	Duke Law Journal
Duq. L. Rev.....	Duquesne Law Review
EC.....	Estudios sobre Consumo
ECC.....	European Commercial Cases
ECLR.....	European Competition Law Review
ECOFIN.....	Consejo de Ministros de Economía y Finanzas
EFTA.....	Electronic Funds Transfer Act
ELCEC GLASS-CLE.....	The Emerging Law of Cyberbanking and Electronic Commerce—Third Annual, Glasser LegalWorks
ELR.....	European Law Review
Eur. Comp. L. Ann.....	European Competition Law Annual
FBE.....	Fédération Bancaire de l'Union Européenne
FDIC.....	Federal Deposit Insurance Corporation
FRB Boston—New Eng. Econ. Rev...	Federal Reserve Bank of Boston—New England Economic Review
FRB St. Louis—Reg. Econ.....	Federal Reserve Bank of Saint Louis—The Regional Economist
FRB St. Louis Rev.....	Federal Reserve Bank of Saint Louis Review
FRB New York—Current Issues.....	Federal Reserve Bank of New York—Current Issues in Economics and Finance
FRB Philadelphia—Bus. Rev.....	Federal Reserve Bank of Philadelphia—Business Review
Fordham Corp. L. Inst.....	Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute
Fordham Int'l. L. J.....	Fordham International Law Journal
Fordham L. Rev.....	Fordham Law Review
For. It.....	Il Foro Italiano
Ga. St. U. L. Rev.....	Georgia State University Law Review
Gaz. Pal.....	Gazzete de Palais
GCR.....	Global Competition Review
Geo. L. Rev.....	Georgetown Law Journal
Geo. Mason L. Rev.....	George Mason Law Review
GJCE.....	Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia
Harv. Int'l. L. J.....	Harvard International Law Journal

Harv. J. L. & Pub. Pol'y	Harvard Journal of Law and Public Policy
Harv. L. Rev.....	Harvard Law Review
Hastings L. J.....	Hastings Law Journal
Ind. L. Rev.....	Indiana Law Review
J. Reprints.....	Journal of Reprints for Antitrust Law and Economics
J. Ret. Banking Serv.....	Journal of Retail Banking Services
JIBL.....	Journal of International Banking Law
L. A. Times.....	Los Angeles Times
LDC.....	Ley de Defensa de la Competencia
LIEI.....	Legal Issues of European Integration
L'observateur.....	L'observateur de Bruxelles
McGill L. J.....	McGill Law Journal
Mich. L. Rev.....	Michigan Law Review
Mod. L. Rev.....	Modern Law Review
NAAG.....	National Association of Attorneys General
N.C. Banking Inst.....	North Carolina Banking Institute
NCEE.....	Noticias de la CEE
Notre Dame Law.....	Notre Dame Lawyer
NUE.....	Noticias de la Unión Europea
NVB.....	Nederlandse Vereniging van Banken
Nw. Fin. Rev.....	Northwestern Financial Review
Nw. J. Int'l. L. & Bus.....	Northwestern Journal of International Law & Business
Nw. U. L. Rev.....	Northwestern University Law Review
NYU J. Legis. & Pub. Pol'y.....	New York University Journal of Legislation and Public Policy
N.Y.U. L. Rev.....	New York University Law Review
OCC.....	Office of the Comptroller of the Currency
OCDE.....	Organización Cooperación y Desarrollo Económico
OMPI.....	Organización Mundial de la Propiedad Industrial
Pac. Rim. L. & Pol'y J.....	Pacific Rim Law & Policy Journal
PIRG.....	U.S. Public Interest Research Group
PLI/Corp.....	Practising Law Institute, Corporate Law and Practice
PLI/Pat.....	Practising Law Institute, Patents, Copyright, Trademarks and Literary Property
PPEE	Papeles de Economía Española
Q. J. Econ.....	Quarterly Journal of Economics
RAI.....	Registro de Aceptaciones Impagadas
RCC.....	Revue de la Concurrence et de la Consommation
RCDI.....	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDAL.....	Revue de Droit des Affaires Internationales
RDBB.....	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDC.....	Rivista di Diritto Commerciale
RDM.....	Revista de Derecho Mercantil
Rec.....	Recopilación de Jurisprudencia del TJCE y del TPI
Rec. TDC.....	Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia
REDA.....	Revista Española de Derecho Administrativo
Rev. Banking & Fin. Serv.....	The Review of Banking and Financial Services

RGD.....	Revista General del Derecho
RIC/IRCL.....	Revue Internationale de la Concurrence/International Review of Competition Law
RIDE.....	Revue Internationale de Droit Economique
RIE.....	Revista de Instituciones Europeas
RJ.....	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RJC.....	Revista Jurídica de Cataluña
RJN.....	Revista Jurídica del Notariado
RTDCDE.....	Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique
RTDE.....	Revue Trimestrielle de Droit Européen
RXG.....	Revista Xurídica Galega
San Diego L. Rev.....	San Diego Law Review
S. Cal. L. Rev.....	Southern California Law Review
SEBC.....	Sistema Europeo de Bancos Centrales
SRBE.....	Servicio de Reclamaciones del Banco de España
St. Louis U. L. J.....	Saint Louis University Law Journal
Sup. Ct. Rev.....	Supreme Court Review
TARGET.....	Trans-European Automated Real-Time Gross Settlement Express Transfer System
Tex. L. Rev.....	Texas Law Review
Tex. Rev. Law & Pol.....	Texas Review of Law and Policy
TJCE.....	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TPI.....	Tribunal de Primera Instancia
U. Chi. Legal F.....	University of Chicago Legal Forum
U. Chi. L. Rev.....	University of Chicago Law Review
U. Kan. L. Rev.....	University of Kansas Law Review
UME.....	Unión Monetaria Europea
U. Pa. L. Rev.....	University of Pennsylvania Law Review
Utah L. Rev.....	Utah Law Review
Vand. L. Rev.....	Vanderbilt Law Review
Vand. J. Transnat'l. L.....	Vanderbilt Journal of Transnational Law
Yale L. J.....	Yale Law Journal
Wayne L. Rev.....	Wayne Law Review
World Comp.....	World Competition
Yearbook Eur. Integ.....	Yearbook of European Integration

PRELIMINAR

El Derecho *antitrust* trata en general de favorecer el comportamiento individual de los operadores en el mercado e impedir las conductas concertadas entre las empresas rivales que pueden perjudicar los precios, la producción o la innovación en los mercados.

La desconfianza respecto de la conducta concertada de los competidores se pone de manifiesto en la célebre advertencia que hacía Adam Smith hace más de doscientos años: *“quienes se dedican a la misma actividad comercial pocas veces se reúnen, incluso por regocijo o diversión, sin que el asunto termine en una conspiración contra el público o en algún tipo de confabulación para subir los precios”*, (*Una investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, 1776, Volumen 1, Libro 1, Capítulo 10).

Tradicionalmente, esta afirmación llevaba a pensar que la colaboración entre rivales era incompatible con la competencia y que, por lo tanto, debía estar prohibida por las normas *antitrust*. No obstante, la economía moderna ha asistido en las dos últimas décadas a un desarrollo espectacular de la colaboración entre competidores con el fin de desarrollar nuevos productos o prestar servicios innovadores. La intensificación de la competencia transfronteriza, el aumento vertiginoso de los costes, la mejora de los estándares de calidad demandados por la clientela, las exigencias de las nuevas tecnologías, la inversión en I+D o el acortamiento de la vida útil de los productos, son factores que aumentan el riesgo de cada negocio y favorecen la puesta en común de los recursos entre las empresas.

Así pues, la colaboración entre competidores puede permitir a las empresas conseguir cotas de eficiencia que no habrían podido lograr actuando de manera individual. Entre los efectos beneficiosos, la puesta en común de los recursos hace posible: 1) reducir los riesgos asociados a la fabricación de nuevos productos que entrañan elevados costes; 2) alcanzar economías de escala en principio sólo accesibles a

las grandes empresas; 3) poner en común I+D de manera que se evite duplicar los procedimientos de fabricación de nuevos estándares técnicos; 4) compartir los recursos de cada empresa en una economía cada vez más especializada; 5) fijar normas comunes para la comercialización de ciertos productos.

Mas no es menos cierto que la cooperación entre rivales también reduce la competencia en el mercado, dado que las empresas participantes renuncian a competir entre ellas en el área de negocio afectada por el acuerdo de colaboración. Es más, cuando el pacto se refiere a la investigación y desarrollo de nuevos productos, la colaboración puede afectar también a la posterior comercialización de los mismos (*downstream markets*). Resultado particularmente indeseable, dado que altera las políticas de precios de las empresas rivales en sus relaciones con la clientela. Por último, puede ocurrir que una cooperación en principio legítima, termine extendiéndose a otras actividades, con el consiguiente perjuicio de la competencia en otros mercados (*spill over effects*).

Con estos antecedentes, la función de las autoridades *antitrust* debe consistir en determinar si la eficiencia alcanzada a largo plazo, puede compensar la restricción de la competencia que necesariamente entraña la cooperación entre rivales. Huelga decir que este tipo de análisis constituye en la actualidad uno de los aspectos más problemáticos del Derecho *antitrust*, sin que hasta la fecha exista un test claro para el enjuiciamiento de los acuerdos de colaboración entre competidores. En todo caso, este tipo de asuntos tienen en común que las autoridades de competencia están dispuestas a aceptar acuerdos *a priori* gravemente restrictivos —como la fijación de precios— siempre que contribuyan a mejorar la prestación de servicios en el mercado y no existan otras alternativas menos restrictivas para lograrlo.

El sector bancario moderno constituye una buena muestra del fenómeno que acabamos de describir. En general, los modernos sistemas de pagos requieren que las

entidades de crédito colaboren para compartir los riesgos y elevados costes vinculados a la implantación de las nuevas redes electrónicas. Además, la puesta en común de recursos resulta muy atractiva en el sector, debido a las fuertes economías de escala derivadas del aumento de tamaño de las redes bancarias. Cuanto mayor es el número de comercios que aceptan tarjetas o de cajeros que permiten retirar efectivo, mayor será la utilidad que los clientes obtienen al utilizar este tipo de servicios bancarios. Ante las dificultades que entraña que un solo banco pueda establecer individualmente su propia red, la solución más conveniente consiste en compartir los cajeros automáticos o los terminales electrónicos de las tarjetas, pues con ello se multiplica exponencialmente el valor de la red, sin el consiguiente aumento de costes vinculado al establecimiento y mantenimiento de los terminales.

Pues bien, la finalidad de este trabajo consiste en poner de relieve la importancia que tiene la colaboración empresarial en la banca y las consecuencias que de este fenómeno se derivan para el enjuiciamiento *antitrust* de los acuerdos de precios en el sector del crédito. El análisis comparado de las soluciones aportadas por la jurisprudencia norteamericana, comunitaria y española permite comprobar que las autoridades respectivas han adoptado una actitud en principio favorable respecto de los acuerdos interbancarios para prestar servicios en común, porque contribuyen a mejorar la prestación de servicios bancarios en beneficio de la comunidad.

En todo caso, pese a la influencia que ha tenido la evolución del pensamiento político y económico en el tratamiento *antitrust* de los acuerdos horizontales, entendemos que el Derecho *antitrust* sigue siendo fundamentalmente eso –un bloque normativo– que precisa fijar criterios de valoración claros, de manera que su aplicación no quede al arbitrio de la voluntad de las autoridades económicas en cada momento. Por esta razón, compartimos la tendencia actual del Derecho *antitrust* que da cada vez más importancia al análisis económico de las prácticas restrictivas y a la búsqueda de las soluciones más eficiente para el mercado, en detrimento de otras consideraciones como

la protección de la conducta individual de las empresas, de los pequeños competidores, o la defensa de otros fines de índole social.

En definitiva, la configuración del Derecho *antitrust* en torno a las nociones de eficiencia y bienestar de los consumidores debe ser entendida como una consecuencia de la pretensión de seguir considerando al *antitrust* como Derecho y no como Política. La decisión del juez o de la autoridad administrativa en un litigio *antitrust* no debe depender de consideraciones de política industrial o social, sino que debe ser consecuente con la aplicación de un test de eficiencia de las conductas restrictivas. Esta manera de entender el Derecho de la competencia, mayoritaria entre los autores y la jurisprudencia norteamericana, no significa necesariamente que se defienda un modelo económico basado en el liberalismo a ultranza. Otros valores como la protección de los derechos de los trabajadores o el fomento de las PYMES son, en nuestra opinión, tanto o más importantes que la eficiencia económica, pero deben ser defendidos por las autoridades políticas correspondientes y quedar al margen del Derecho *antitrust*.

Por último, debe señalarse que el estudio realizado nos permite comprobar que desde el punto de vista *antitrust*, el sector bancario no goza de ningún privilegio respecto de otras esferas de la economía. Pese a la idea dominante entre algunos autores de que los bancos tradicionalmente han recibido un trato de favor por parte de las autoridades de competencia, este trabajo pretende significar que el análisis de los acuerdos de precios en la banca es consecuente con la actitud demostrada en otros sectores en los que la colaboración empresarial ocupa un lugar destacado. En este sentido, la aceptación condicionada de los acuerdos de precios interbancarios no obedece a antiguos privilegios de que gozaba la banca, sino que simplemente responde a la necesidad de aunar esfuerzos para ofrecer sistemas de pagos más competitivos a largo plazo.

Lejos ha quedado la preocupación doctrinal y jurisprudencial sobre la aplicabilidad del Derecho de la competencia a la banca. Hoy lo que realmente preocupa es la posibilidad de que las entidades de crédito puedan alcanzar pactos que pongan en riesgo la eficiencia de las redes y el bienestar de los consumidores. Para descubrir las pautas que guían el tratamiento *antitrust* de los convenios interbancarios, es evidente que hay que acudir a la experiencia de las autoridades norteamericanas y al importante desarrollo que ya han llevado a cabo los servicios de competencia comunitarios. Así podremos comprobar como la evolución del Derecho estadounidense ha tenido una progresiva aceptación en el continente europeo y como las comisiones y tipos de interés pueden ser objeto de pactos razonables entre los bancos competidores. Conclusión que no cabe extender a los acuerdos de fijación de precios aplicables a la clientela en los que la defensa de la competencia debe continuar muy viva.

CAPÍTULO PRIMERO
EL DERECHO DE LA COMPETENCIA
Y LA ACTIVIDAD BANCARIA

I. PANORÁMICA GENERAL DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA

1. La legislación *antitrust* norteamericana

1.1 *Antitrust Laws*

El Derecho *antitrust* norteamericano se compone de un amplio repertorio de decisiones judiciales que interpretan las normas de competencia, denominadas *Antitrust Laws*: la *Sherman Act* de 1890, la *Clayton Act* de 1914, y la *Robinson-Patman Act* de 1936¹. Tales disposiciones comparten el objetivo de defender la competencia, tomando como premisa la idea de que un mercado libre y competitivo es más deseable –tanto desde un punto de vista social como económico– que un mercado gobernado por las decisiones del poder público o por los acuerdos entre empresas. Así lo ha manifestado el Tribunal Supremo norteamericano en la célebre sentencia *Northern Pacific Railway*:

*“La Sherman Act fue concebida como la carta de la libertad económica dirigida a preservar la competencia libre y sin ataduras como regla de comercio. Ésta descansa en la premisa de que la interacción no restringida de las fuerzas competitivas comporta la mejor asignación de nuestros recursos económicos, los precios más bajos, el nivel más alto de calidad de vida y el mayor progreso material, proporcionando –al mismo tiempo– un entorno propicio para la preservación de nuestras instituciones democráticas, tanto políticas como sociales”*².

La *Sherman Act* constituye pues la Carta Magna de la economía de mercado en los Estados Unidos. Desde que fue aprobada hace más de cien años, la Ley se ha ido

¹ Como acertadamente ha puesto de relieve en la doctrina española el profesor FERNÁNDEZ-NOVOA (*ADI*, vol. 13, 1989-1990, p. 679), la *Federal Trade Commission Act* no forma parte en sentido estricto de las *Antitrust Laws*, entendiéndose por tales “aquellas normas cuya infracción permite a una persona privada lesionada ejercitar una acción de indemnización de daños y perjuicios o bien una acción de cesación (ex artículo 1 de la *Clayton Act*)”.

² *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 4-5 (1958).

adaptando constantemente tanto a los problemas planteados por las nuevas realidades de la industria, como a la propia evolución del pensamiento económico. En efecto, por una parte, la *Sherman Act* ha tenido que convivir con las extraordinarias transformaciones económicas experimentadas por el país norteamericano: la Revolución Industrial, la Gran Depresión y ahora, la Sociedad de la Información³. Sin embargo, la amplitud con la que fue redactada le ha permitido adaptarse a la realidad de los tiempos⁴, de tal forma que unos principios pensados originariamente para las industrias *de la chimenea* se aplican hoy a las nuevas tecnologías de la información⁵.

Por otra parte, las normas de competencia se han ido adaptando constantemente a la evolución del pensamiento económico⁶. En cada período histórico, el principio de libre competencia emanado de la *Sherman Act* ha sido aplicado de formas diversas de acuerdo con las teorías económicas entonces vigentes⁷. Así, tras unos primeros años (1890-1930) en los que no puede hablarse propiamente de una teoría económica dominante debido a las disputas existentes entre los autores clásicos y neoclásicos, lo cierto es que los años treinta dieron paso a una doctrina económica partidaria de una fuerte intervención estatal en la economía como sustento de la revolución económica —el

³ Vid. J. KWOKA/ L. WHITE, *Introduction*, p. 1.

⁴ Vid. J. LOPATKA/ W. PAGE, *Antitrust Bull.*, vol. 40, 1995, p. 317-18.

⁵ Vid. R. PITOFISKY (*Tex. Rev. Law & Pol.*, vol. 4, 1999, p. 130). Ello no obstante, las autoridades *antitrust* federales son conscientes de que la aplicación de la política *antitrust* ha de adaptarse a los nuevos retos que plantea la realidad cambiante de las nuevas tecnologías (R. PITOFISKY/ D. BALTO, *Antitrust Bull.*, vol. 43, 1998, p. 584).

⁶ Un análisis minucioso de la influencia que las doctrinas económicas han tenido en la aplicación del Derecho de la competencia puede verse en W. KOVACIC/ C. SHAPIRO (*J. Econ. Persp.*, vol. 14, 2000, p. 43 y ss.), quienes señalan que “los conocimientos económicos han tenido una influencia creciente en la aplicación del Derecho *antitrust*”. En esta línea, H. HOVENKAMP (*Iowa L. Rev.*, vol. 74, 1989, p. 1019 y ss.) estima que los tribunales han tenido siempre presente la doctrina económica a la hora de aplicar el Derecho *antitrust* lo cual, en su opinión, debe contraponerse a la idea, extendida entre los autores de la Escuela de Chicago, de que la aproximación económica a las normas de competencia constituye un hecho relativamente reciente (vid. R. POSNER, *U. Chi. L. Rev.*, vol. 45, 1977, p. 12-13; y P. GERHART, *Sup. Ct. Rev.*, 1982, p. 319).

⁷ Acerca de la evolución histórica del pensamiento económico y su relación con el Derecho *antitrust*, estimamos particularmente ilustrativa la breve historia de la *Sherman Act* elaborada por H. HOVENKAMP, (*Federal antitrust policy* § 2.2.a). Para un estudio más detallado, pueden consultarse las monografías recomendadas por el citado autor en la nota número 56.

New Deal— emprendida por el presidente Roosevelt⁸. Posteriormente, la reacción frente a la revolución *rooseveltiana* vino de la mano del concepto de *workable competition*, en cuya virtud se estima que la competencia no es algo inherente a todos los sectores industriales sino que, antes al contrario, se trata de algo que puede hacerse efectivo si el Estado mantiene una actitud decidida destinada a impedir ciertas prácticas empresariales. La noción de *competencia realizable* tuvo una influencia muy fuerte en la política *antitrust* norteamericana en los años cuarenta y cincuenta⁹.

En los años cincuenta, la denominada Escuela de Harvard desarrolló el paradigma de estructura-conducta-resultado en cuya virtud la estructura del mercado constituye el factor determinante de la actuación de las empresas, de ahí que la política *antitrust* haya de dirigir su atención al grado de concentración de la industria¹⁰. Los economistas de esta escuela observaban con preocupación las barreras de entrada a los mercados y la conducta oligopolística de las empresas, al tiempo que desconfiaban de las virtudes económicas de las concentraciones empresariales (particularmente las economías de escala)¹¹. Esta línea de pensamiento se convirtió en la ideología dominante en la década de los sesenta, dando lugar a una política *antitrust* que hoy se

⁸ Sobre la política federal *antitrust* durante la presidencia de Roosevelt *vid.* el estudio histórico elaborado por R. PERITZ, *Competition policy in America*, p. 145 y ss.

⁹ El concepto de *competencia realizable o practicable* se debe a los trabajos publicados por los economistas J. CLARK, *Am. Econ. Rev.*, vol. 30, 1940, p. 241 y ss.; y S. SOSNICK, *Q. J. Econ.*, vol. 72, 1958, p. 380 y ss.

¹⁰ Dicha corriente doctrinal tuvo su origen en los trabajos realizados en la universidad de Harvard, primero por el profesor E. MASON, *Economic concentration and monopoly problem* y, más tarde, por su discípulo J. BAIN, con su obra clásica *Industrial Organization*.

¹¹ En efecto, la Escuela de Harvard se apoya en las siguientes ideas: 1) pocas industrias reúnen las condiciones para crear beneficiosas economías de escala, por lo que la concentración empresarial no suele reportar efectos positivos para la economía; 2) las barreras de entrada a las industrias son frecuentes y fácilmente manipulables por las empresas dominantes; y 3) el comportamiento oligopolístico de las empresas comienza a escasos niveles de concentración. Todo ello dio lugar a una política *antitrust* que desconfiaba del tamaño empresarial, *vid.* H. HOVENKAMP, *Federal antitrust policy* § 2.2.a.

considera excesivamente intervencionista, preocupada en demasía por los fenómenos de expansión empresarial y la protección de las pequeñas empresas¹².

También en la década de los cincuenta comenzó a fraguarse una teoría radicalmente distinta de la anterior —conocida como la Escuela de Chicago— que alcanzaría, sin embargo, su apogeo años más tarde durante la presidencia de Reagan, caracterizada por el escaso vigor *antitrust* de las agencias y tribunales federales¹³. La Escuela de Chicago estima que la consecución de la eficiencia ha de ser el único fin perseguido por las leyes de competencia¹⁴. Los postulados de esta corriente de pensamiento se traducen en una aplicación restringida de las normas *antitrust* porque se tiene gran confianza en la aptitud del mercado para corregir sus imperfecciones y lograr la maximización de la eficiencia, sin necesidad de interferencias por parte de las autoridades públicas¹⁵.

¹² Este sector doctrinal se apoya en la idea de que es más eficiente un mercado formado por un elevado número de empresas pequeñas que otro formado por un número relativamente pequeño de participantes. La aplicación de estas tesis por el Tribunal Supremo le llevó a oponerse a fusiones entre empresas con cuotas de mercado reducidas. El caso paradigmático es *Brown Shoe Co. v. United States* (370 U.S. 294 [1962]), en el que el alto tribunal rechazó una fusión entre un fabricante de zapatos y una cadena de distribuidores porque la empresa resultante de la operación tendría una cuota del 7,9 % en el mercado de fabricación y del 1,2 % en el de distribución.

¹³ *Vid.*, entre otros, R. PERITZ, *Competition policy in America*, p. 265 y ss.

¹⁴ En la década de los cincuenta y sesenta, la jurisprudencia norteamericana se mostraba partidaria de utilizar el Derecho *antitrust* como un instrumento para proteger a las pequeñas empresas o la justa redistribución de la riqueza (*vid. Brown Shoe Co. v. United States*, 370 US 294, 315-16 [1962]). Sin embargo, por influencia de las enseñanzas de Chicago, desde la década de los setenta se inicia una tendencia, que perdura en la actualidad, en cuya virtud se entiende que el único fin del Derecho *antitrust* consiste en garantizar la eficiencia, lo cual redundará a su vez en un mayor bienestar de los consumidores. Al respecto, resulta ilustrativa la intervención de H. HOVENKAMP en el foro del *European University Institute* de Florencia, en la que el ilustre profesor recordaba el abandono de objetivos distintos de la eficiencia económica en los EEUU y añadía su certeza de que “no cabe predecir el resurgimiento de preocupaciones como la salud de las pequeñas empresas, la protección de los comerciantes o cualquier otro objetivo no económico que en el pasado ha sido acogido por el *antitrust*”, (*Eur. Comp. L. Ann.* 1997, p. 432).

¹⁵ Tal vez, las dos obras más influyentes de la Escuela de Chicago son las de R. POSNER, *Antitrust law: an economic perspective* y R. BORK, *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. En esta última se afirma que “aunque la defensa de la competencia ha sido tradicionalmente el objetivo invocado por este Derecho, parece que no existe una definición unánime de lo que es la competencia a los efectos del *antitrust* (...) El argumento de este libro es que la competencia debe entenderse como la maximización del bienestar de los consumidores o, si se prefiere, de la eficiencia económica (...) En una palabra, el

En los años noventa asistimos a lo que se ha venido en denominar la Escuela Post-Chicago que, con apoyo en los postulados básicos de la doctrina que le precede, reconoce no obstante que la búsqueda de la eficiencia sin más no ofrece soluciones a todos los problemas del mercado. En efecto, el modelo basado en la maximización de la eficiencia se considera insuficiente para explicar algunas conductas empresariales porque se trata de un modelo estático que confía en exceso en los efectos a largo plazo de las decisiones de los particulares¹⁶. En síntesis, a juicio de esta corriente doctrinal, el método económico de la Escuela de Chicago constituye un punto de partida válido para el análisis *antitrust* de las conductas empresariales, pero ha de ser completado con datos sobre el mercado y la estrategia de los competidores¹⁷.

Realizadas estas breves consideraciones introductorias, a continuación se exponen sucintamente los preceptos más significativos del Derecho *antitrust* norteamericano, tanto en el plano federal como estatal. Especial atención se dedica al

objetivo es maximizar la eficiencia económica que nos hará tan ricos como sea posible. La distribución de la riqueza o la consecución de objetivos no económicos constituyen un objetivo legítimo de otras ramas del Derecho, pero no son competencia de los jueces que resuelven los asuntos antitrust" (p. 427). Un resumen de las tesis de la Escuela de Chicago puede consultarse en R. POSNER, *U. Pa. L. Rev.*, vol. 127, 1979, p. 925 y ss.; y H. HOVENKAMP, *Mich. L. Rev.*, vol. 84, 1985, p. 226-29.

¹⁶ En opinión de HOVENKAMP (*Mich. L. Rev.*, vol. 84, 1985, p. 284), el modelo neoclásico de la eficiencia del mercado es insuficiente para explicar el comportamiento de las empresas en el mercado porque muchas veces sus decisiones están motivadas por necesidades a corto plazo que no son necesariamente eficientes. Por tanto, los modelos económicos son insuficientes y precisan ser completados con otro tipo de consideraciones; "*el resultado es que la política antitrust tendrá siempre un contenido no-económico o político*". En torno a este artículo *vid.* el comentario discrepante de J. WEIRD y la réplica del propio profesor HOVENKAMP en *Duke Law Journal* (1986, p. 1003 y ss.) En la misma línea crítica, FOX y SULLIVAN (*N.Y.U.L.Rev.*, vol. 62, 1987, p. 958-959) señalan que puesto que los economistas no se ponen de acuerdo acerca del modelo económico que permite conseguir mayor eficiencia, la ciencia económica no puede ser la única respuesta. *Vid.* asimismo el debate en las páginas de *Michigan Law Review* entre el juez EASTERBROOK (vol. 84, 1986, p. 1696 y ss.) reivindicando las aportaciones de la Escuela de Chicago, y la profesora FOX (vol. 84, 1986, p. 1714 y ss.), en contra.

¹⁷ *Vid.* L. SULLIVAN, *Antitrust L. J.*, vol. 63, 1995, p. 670 y ss. y B. HAWK/VELTROP, *R.I.D.E.*, núm. 3, 1994, p. 300 y ss. En este sentido, los profesores de economía KWOKA y WHITE (*Introduction*, p. 3-4) afirman que la Escuela Post-Chicago se caracteriza por su rechazo de la confianza absoluta en la teoría económica, pues ello puede inducir a pasar por alto cuestiones importantes e, incluso, a trazar conclusiones erróneas. Como alternativa, esta corriente doctrinal "*propone que muchas conductas deben evaluarse a la vista de los hechos específicos de cada caso, en lugar de ser encasilladas en una reducida categoría teórica*".

artículo 1 de la *Sherman Act* por cuanto se trata del precepto más relevante para el estudio que pretendemos acometer, el análisis de la colaboración entre competidores en el sector bancario¹⁸.

1.1.1 El artículo 1 de la *Sherman Act*

El artículo 1 de la *Sherman Act* declara que es ilegal cualquier contrato, *combination* o *conspiracy* entre empresas que restrinja el comercio¹⁹. En sus primeros años de vigencia, el Tribunal Supremo interpretó el precepto literalmente de manera que se consideraba ilegal cualquier pacto entre empresas que limitase la libertad de actuación en el mercado de alguna de ellas²⁰. En 1911, la sentencia *Standard Oil* inauguró una nueva línea de pensamiento que hoy se conoce como la doctrina de la *rule of reason*, en cuya virtud se entiende que la *Sherman Act* no prohíbe cualquier restricción de la competencia sino, únicamente, aquellos acuerdos que limitan la competencia de manera *no razonable*²¹. En un intento de compatibilizar el rigor literal de los primeros años con la nueva doctrina de lo razonable, el Tribunal Supremo declaró que ciertos acuerdos, por su propia naturaleza y características, se podían considerar inherentemente no razonables. Este tipo de acuerdos restrictivos podían sancionarse sin más, sin necesidad de llevar a cabo una investigación profunda acerca de si eran o no razonables; dicha jurisprudencia constituye el germen de la denominada regla *per se*²².

¹⁸ Para una visión general de los preceptos *antitrust* norteamericanos en la doctrina española vid. F. J. ZAMORA CABOT, *RDM*, núms. 181-182, 1986, p. 367 y ss.

¹⁹ “Every contract, combination, in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal”, artículo 1 de la *Sherman Act*, 15 U.S.C. § 1.

²⁰ Vid. *United States v. Trans-Missouri Freight Ass’n*, 166 U.S. 290 (1897); y *United States v. Joint Traffic Ass’n*, 171 U.S. 505 (1898).

²¹ Vid. *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

²² La doctrina suele situar los orígenes de la doctrina en las sentencias *United States v. Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392, (1927) y *United States v. Socony Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150, 223 (1940), en la que se empleó por primera vez el término *per se*: “de acuerdo con la *Sherman Act* cualquier concertación con el fin de aumentar, reducir, fijar o estabilizar el precio de un producto (...) es ilegal *per se*”.

Así pues, tradicionalmente se han empleado dos métodos de análisis contrapuestos para determinar cuándo un acuerdo restringe la competencia de manera no razonable y, por tanto, está prohibido por el artículo 1 de la *Sherman Act*. Por una parte, en virtud de la regla *per se*, se estima que el carácter anticompetitivo es inherente a determinadas categorías de acuerdos y que, por tanto, éstos se presumen ilegales sin necesidad de examinar la intención de las partes o el efecto que dichas conductas pudieran tener sobre el mercado²³. Por otra parte, el test de la *rule of reason* entraña la necesidad de examinar los efectos de la conducta controvertida sobre el mercado antes de poder concluir si ésta infringe o no la *Sherman Act*²⁴. La *regla de lo razonable* constituye una forma de investigar las consecuencias de las conductas empresariales a partir de la atribución de la carga de la prueba alternativamente a quienes actúan como demandantes y demandados en un litigio; básicamente, el proceso se articula en tres fases: en primer lugar, el demandante debe acreditar que la conducta restrictiva ha tenido —o es probable que tenga— un efecto negativo sobre la competencia; en segundo término, si el demandante cumple con su obligación inicial, la carga de la prueba pasa al demandado quien ha de acreditar que la conducta persigue una finalidad legítima; en caso de que las virtudes de la conducta resulten demostradas, la carga de la prueba vuelve al demandante, en este caso para demostrar que la práctica restrictiva no era

²³ Resulta reveladora la célebre opinión del Juez BLACK (*Northern Pacific Ry. Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 4-5 [1958]) a la hora de explicar la finalidad de la regla *per se*: “*existen ciertos acuerdos o prácticas respecto de los cuales cabe presumir de manera concluyente que, debido a su efecto pernicioso sobre la competencia y la ausencia de cualquier virtud redentora, no son razonables y por tanto son ilegales, sin necesidad de llevar a cabo una investigación detallada acerca del perjuicio concreto que hubieren ocasionado o de la justificación económica para su utilización*”.

²⁴ Corresponde al Juez BRANDEIS la formulación clásica de la *rule of reason* (*Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231, 238 [1918]): “*Cualquier acuerdo relativo al comercio, cualquier regulación del comercio, restringe (la competencia) (...) El verdadero test de legalidad consiste en determinar si la restricción impuesta regula y tal vez promueve la competencia, o si ésta oculta e incluso destruye la competencia. Para solucionar esta cuestión el tribunal de ordinario debe examinar las particularidades del negocio en el que se impone la restricción, la situación antes y después de haber sido adoptada la restricción, la naturaleza de la restricción, el daño que se pretende evitar, las razones que motivaron la adopción de la solución concreta, el propósito o finalidad perseguida; todos ellos constituyen hechos relevantes*”.

razonablemente necesaria para conseguir el buen fin perseguido, o bien que existían otras alternativas menos restrictivas de la competencia²⁵.

Coincidiendo con el período de esplendor de la doctrina económica de la Escuela de Harvard, entre los años cuarenta y setenta, la regla *per se* se convirtió en el método de análisis predominante en el Derecho *antitrust* norteamericano²⁶. La principal ventaja de la regla *per se* radica en que constituye una herramienta de fácil manejo para los tribunales que pueden sancionar las conductas restrictivas sin necesidad de realizar complejos análisis económicos de sus efectos sobre el mercado. Así las cosas, las prohibiciones absolutas reducen la duración de los juicios y permiten un ahorro de costes substancial tanto para las partes como para la administración de justicia. Otro aspecto positivo que, de ordinario, se asocia a la regla *per se* estriba en la seguridad jurídica que confiere a las empresas; en efecto, el establecimiento de prohibiciones categóricas de ciertas prácticas empresariales permite a los operadores económicos conocer de antemano y sin lugar a dudas qué conductas deben evitar porque vulneran las leyes *antitrust*²⁷.

Ello no obstante, la doctrina señala que el método *per se* presenta también serios inconvenientes en parte debido, precisamente, a las virtudes reseñadas. En efecto, la rapidez y sencillez que se persigue con la aplicación de prohibiciones absolutas se traduce, en la práctica, en un enjuiciamiento de las conductas excesivamente rígido y formalista que, por no tener en cuenta los efectos de las mismas en el mercado, con

²⁵ Aunque no existe una formulación definitiva de la regla, lo cierto es que, como señala el profesor AREEDA (*Antitrust L. J.*, vol. 55, 1986, p. 572-73), la mayoría de los litigios *antitrust* basados en la *rule of reason* se basan en las tres pesquisas citadas.

²⁶ E. POLLOCK (*Antitrust L. J.*, vol. 54, 1985, p. 52) advierte que el punto álgido de la regla *per se* se alcanzó en el caso *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 US 365 (1967), en el que el Tribunal Supremo extendió dicha prohibición absoluta a las restricciones verticales distintas de los precios. La decisión fue posteriormente revocada por la sentencia *Continental T.V. Inc. v. G.T.E. Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36, 57-58 (1977).

²⁷ Una buena muestra de las ventajas tradicionalmente vinculadas a la regla *per se* puede consultarse en una conocida crónica publicada en *Yale Law Journal*, vol. 92, 1983, p. 706-710.

frecuencia impide la realización de proyectos empresariales favorables para la industria²⁸. Además, la utilidad práctica de la regla *per se* ha sido puesta en evidencia por la doctrina pues se entiende que ésta no goza de los atributos de claridad y sencillez que tradicionalmente se le atribuían²⁹. Ciertamente, el mero hecho de establecer una clasificación categórica de conductas no evita el problema de determinar a qué categoría pertenece la práctica enjuiciada en cada caso, por lo que los tribunales precisan llevar a cabo un detenido examen del mercado antes de poder concluir si aplican la presunción de ilegalidad inherente a la regla *per se*³⁰. En estas condiciones, la regla *per se* no constituye, en modo alguno, el mecanismo de aplicación sencillo y veloz que se suponía sino que, por el contrario, adquiere tintes más propios del método de análisis supuestamente antagónico, la *rule of reason*³¹.

²⁸ Como señalan M. POPOFSKY y D. GOODWIN (*Antitrust L. J.*, vol. 56, 1987, p. 196) “la regla *per se* es intrínsecamente demasiado amplia”. Por ello, aunque inicialmente se estimaba que la eficiencia del método compensaba su potencial efecto expansivo, hoy —en parte por la influencia de los economistas de Chicago— la jurisprudencia estima mayoritariamente que la regla *per se* no justifica que, con relativa frecuencia, se puedan declarar ilegales conductas procompetitivas (T. PIRAINO, *S. Cal. L. Rev.*, vol. 64, 1991, p. 693).

²⁹ Así lo ha manifestado el Tribunal Supremo en *Broadcast Music* (441 U.S. 1 [1979]), en la que se reconoce que la aparente sencillez de la regla *per se* no es tal, dado que no toda fijación de precios en el sentido gramatical del término, constituye efectivamente una fijación de precios ilegal *per se*: “cuando dos socios fijan los precios de sus productos o servicios están literalmente fijando precios, pero no incurrir en una violación *per se* de la Sherman Act (...) Por tanto, es necesario determinar si la práctica controvertida entra o no dentro de la categoría de conducta a la cual le ponemos la etiqueta de fijación de precios ilegal *per se*”. En este sentido, resultan ilustrativas las palabras de D. MARKS y J. JACOBSON (*Antitrust Bull.*, vol. 30, 1985, p. 212): “entonces, la fijación horizontal de precios es ilegal *per se*, no es cierto? Bueno... normalmente sí, pero no siempre. El problema es que en ocasiones no resulta fácil determinar si un acuerdo en particular constituye realmente una fijación de precios”.

³⁰ D. BESCHLE (*Hastings L. J.*, vol. 38, 1987, p. 473) señala que “una regla que condena todos los actos pertenecientes a una determinada categoría no elimina la necesidad de análisis sino que, simplemente, desplaza el punto crucial de la decisión al momento de decidir si una conducta en particular pertenece a la categoría ilegal”. En estas condiciones, “las disputas acerca de la caracterización de la conducta pueden suponer los mismos costes (...) que la realización del análisis completo sobre el carácter razonable” (J. BAKER, *Antitrust Bull.*, vol. 36, 1991, p. 738).

³¹ El Tribunal Supremo ha reconocido este extremo al indicar que “no existe una línea de separación clara entre el análisis *per se* y la regla de lo razonable” puesto que la aplicación de la regla *per se* “puede requerir una investigación considerable acerca de las condiciones del mercado antes de que los hechos justifiquen la presunción de una conducta anticompetitiva”, *NCAA v. Board of Regents*, 468 U.S. 85, 104 (1984).

Debido a los inconvenientes reseñados y bajo la influencia de las enseñanzas de la Escuela de Chicago que ponía especial énfasis en el análisis económico de las conductas, lo cierto es que a finales de la década de los setenta la jurisprudencia empezó a circunscribir el uso de la regla *per se* a determinados supuestos y a ampliar paulatinamente el ámbito de aplicación de la *rule of reason*³². Fruto de este cambio de orientación, en la década de los ochenta el Tribunal Supremo flexibilizó su política respecto de las restricciones de la competencia consideradas históricamente más graves: las restricciones verticales³³, los acuerdos de fijación de precios³⁴, los *boycotts*³⁵ y los contratos vinculados³⁶. Como resultado de la revolución acontecida en la década de los ochenta, en la actualidad la *rule of reason* se ha convertido sin lugar a dudas en el método de aplicación principal del Derecho de la competencia norteamericano³⁷. Así las cosas, la categoría de las restricciones *per se* se reserva hoy a los acuerdos que tiene

³² Los autores coinciden en señalar la fecha de finales de la década de los setenta y, en particular, las sentencias *Sylvania* y *Broadcast Music* como aquéllas que marcaron el inicio del declive de la regla *per se* y el comienzo de la época de apogeo de la *rule of reason*. Vid., entre otros, S. ROSS, *Principles of Antitrust Law*, p. 134 y ss. y 237 y ss.

³³ Vid. *Continental T.V. Inc. v. G.T.E. Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977), en la que se declaró que las restricciones entre fabricantes y distribuidores que no afectan a los precios deben enjuiciarse según la regla de lo razonable. En la actualidad, también se someten a la *rule of reason* los acuerdos de fijación vertical de precios mínimos de reventa en virtud de la sentencia *State Oil Co. v. Kahn*, 522 U.S. 118 (1997).

³⁴ Vid. *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 441 U.S. 1 (1979) y *NCAA v. Board of Regents*, 468 U.S. 85 (1984), en las que el Tribunal Supremo afirmó que los acuerdos de precios horizontales que tengan por objeto mejorar la eficiencia de un producto o servicio deben enjuiciarse según la *rule of reason*.

³⁵ También en materia de *group boycotts* el Tribunal Supremo ha matizado la rigurosidad de la regla *per se*, al estimar que cabe aplicar la *rule of reason* cuando se da alguna de las dos circunstancias siguientes 1) las empresas que se niegan colectivamente a contratar carecen de poder de mercado (*Northwest Wholesales Stationers, Inc. v. Pacific Stationery and Printing Co.*, 472 U.S. 284 [1985]); y 2) no se trata de un producto o servicio esencial para la competencia en el mercado (*Federal Trade Commission v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447 [1986]).

³⁶ Continuando con esta tendencia, la sentencia *Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde* (466 U.S. 104 [1984]) limitó la aplicación de la regla *per se* en materia de contratos vinculados a aquellos supuestos en los que existe poder de mercado en el mercado del producto principal (*tying product market*).

³⁷ La sentencia *Sylvania* fue la primera en confirmar la primacía del análisis de los efectos económicos de la conducta frente a la rigidez de la regla *per se*, al afirmar que “la desviación del estándar de la *rule of reason* ha de basarse en un efecto económico demostrable y no en una línea divisoria formal”, *Continental T.V. Inc. v. G.T.E. Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36, 58-59 (1977).

como único objetivo la fijación de precios, el reparto de mercados, la negativa concertada a contratar (*group boycotts*) y los contratos vinculados (*tying*)³⁸.

A pesar de su aparente *victoria* sobre la regla *per se*, ha de hacerse notar que la *rule of reason* tampoco está exenta de inconvenientes por lo que se haya sometida a una constante revisión crítica por la doctrina. Por una parte, se considera que la *rule of reason* complica extraordinariamente el desarrollo de los procesos judiciales puesto que aumentan las circunstancias que han de ser examinadas sin que existan, además, pautas claras que guíen su aplicación³⁹. Por otra parte, se estima que este método de análisis favorece desproporcionadamente a las empresas que infringen las normas de competencia porque impone una carga excesiva a la parte demandante que tiene que acreditar la realidad del daño a la competencia⁴⁰. Puesto que los efectos de las conductas

³⁸ En la doctrina española, puede consultarse el estudio del profesor FERNÁNDEZ-NOVOA (*ADI*, vol. 10, 1984-85, p. 169 y ss.) acerca de la jurisprudencia tradicional en materia de acuerdos dirigidos exclusivamente a fijar los precios de los productos (*naked price fixing agreements*).

³⁹ Ni los tribunales ni las agencias *antitrust* federales han establecido cuáles son los criterios que han de guiar la aplicación de dicho test de legalidad (D. CLANTON, *Wayne L. Rev.*, vol. 30, 1984, p. 1249). Las partes en un litigio simplemente disponen de una lista de elementos que pueden ser tenidos en cuenta en cada caso por el tribunal, lo cual no resulta de gran ayuda (E. GELHORN/ T. TATHAM, *Case W. Res. L. Rev.*, vol. 35, 1984, p. 169) pues “cuando todo es relevante, nada resulta concluyente” (F. EASTERBROOK, *Antitrust L. J.*, vol. 53, 1984, p. 155). La existencia de un gran número de factores a tener en cuenta sin una clara correlación entre los mismos, inevitablemente complica el desarrollo de los procesos, haciendo que los litigios *antitrust* sean uno de los procesos judiciales más largos y costosos del sistema jurídico norteamericano (*vid.* las estimaciones de costes que recoge T. PIRAINO, *S. Cal. L. Rev.*, vol. 64, 1991, p. 701-702). Así las cosas, en opinión de R. STEUER (*Cardozo L. Rev.*, vol. 8, 1987, p. 1112) cualquier estudioso de la *rule of reason* puede comprobar que la jurisprudencia existente “nos deja como estábamos cuando empezamos hace noventa años, pero con mucho más equipaje. La búsqueda de lo que es razonable se ha ido haciendo cada vez más sofisticada, pero en modo alguno más sencilla”. A resultados de todo ello, el profesor AREEDA (*Antitrust L. J.*, vol. 54, 1985, p. 27) señala que la dicotomía *per se*/ *rule of reason* “continúa siendo en general malinterpretada por los abogados e incluso algunos jueces”.

⁴⁰ Ante las dificultades que entraña el test de la *rule of reason* para la parte del demandante, un sector de la doctrina entiende que la aplicación de la *rule of reason* a un tipo de conducta en particular equivale, en la práctica, a su legalización *per se* (*vid.*, entre otros, J. SIMS, *Antitrust L. J.*, vol. 58, 1989, p. 435; W. BAXTER, *Cal. L. Rev.*, vol. 75, 1987, p. 936; y D. BESCHLE, *Hastings L. J.*, vol. 38, 1987, p. 501-02: “la regla de lo razonable con frecuencia –tal vez casi siempre– lleva a una absolución del demandado”). Así, por ejemplo, se entiende que la sentencia *Sylvania* estableció de hecho la legalidad de las restricciones impuestas a los distribuidores en materia de clientes o territorios, a pesar de que desde una perspectiva formal simplemente las sometía a la *rule of reason* (*vid.* J. FLYNN/ J. PONSOLDT, *N.Y.U. L. Rev.*, vol. 62, 1987, p. 1143).

sobre el mercado son siempre inciertos y difíciles de demostrar, un sector de la doctrina propone sustituir la prueba de los efectos negativos de la conducta por el análisis del *market power* de las empresas infractoras, de tal forma que si se acredita que las empresas gozan de una situación de poder en el mercado, cabe presumir que ha existido un perjuicio a la competencia⁴¹. Sin negar la importancia teórica de la noción de poder de mercado, en nuestra opinión cabe poner en duda la virtualidad práctica de la solución propuesta, pues la prueba del poder económico de las empresas en modo alguno simplifica el procedimiento *antitrust*; antes al contrario, tan difícil de probar es el poder de mercado de las empresas como el efecto de una conducta sobre la competencia en el mercado⁴².

Ante las dificultades que entrañan los litigios en los que se aplica *la rule of reason* plena –procedimientos costosos y cargas excesivas para la parte demandante–, los tribunales norteamericanos han desarrollado una metodología de análisis intermedia

⁴¹ Relevantes autores proponen introducir la noción de poder de mercado en el análisis de la *rule of reason* como criterio determinante de la legalidad de las conductas restrictivas de la libertad de las partes; básicamente, se entiende que la noción de poder de mercado operaría como una especie de umbral mínimo (*safe harbour*) por debajo del cual cabe desestimar la existencia de un perjuicio a la competencia. Esta doctrina se apoya en la idea de que las conductas restrictivas realizadas por empresas sin poder de mercado no tienen efectos negativos sobre la competencia. Vid. R. POSNER (*U. Chi. L. Rev.*, vol. 48, 1981, p. 16): “si una empresa carece de poder de mercado, ésta no puede afectar al precio de su producto; dicho precio es determinado por el mercado”; y en similares términos F. EASTERBROOK (*Antitrust L. J.*, vol. 53, 1984, p. 159): “las empresas (sin poder de mercado) no pueden perseverar en su comportamiento perjudicial” ya que “las empresas rivales ofrecerían a los clientes un trato mejor”. Así las cosas, se considera que el Derecho *antitrust* “tiene como finalidad principal impedir que las empresas consigan, retengan o abusen de su poder de mercado” (G. HAY, *Antitrust L. J.*, vol. 60, 1992, p. 807).

⁴² Aunque no podemos negar conceptualmente la importancia de la noción de poder de mercado –pues es verdad que sin él las empresas no pueden perpetuar una conducta restrictiva– entendemos con M. PATTERSON (*San Diego L. Rev.*, vol. 37, 2000, p. 2-3) que la virtualidad práctica de este recurso resulta discutible dado que no soluciona los inconvenientes que plantea la prueba de los efectos negativos sobre la competencia. En otras palabras, el análisis del poder de mercado de las empresas, así como la definición del mercado relevante que necesariamente le antecede, lejos de simplificar el enjuiciamiento de las conductas, constituyen dos de los análisis más difíciles de todo litigio *antitrust* basado en la *rule of reason*. Vid., en este sentido, R. PITOFISKY (*Colum. L. Rev.*, vol. 90, 1990, p. 1807), quien afirma que “lamentablemente ningún aspecto de la aplicación del Derecho *antitrust* ha sido manejado tan erróneamente como la definición del mercado”. En la línea crítica de la doctrina del poder de mercado vid. asimismo T. PIRAINO (*Vand. L. Rev.*, vol. 47, 1994, p. 1779) “hay poco que ganar y sí mucho que perder con la introducción del complejo test del poder de mercado”; y T. MURIS (*Antitrust L. J.*, vol. 57, 1989, p. 864) “el coste de este análisis (sobre el poder de mercado) hace desmerecer el esfuerzo”.

que permite considerar las posibles virtudes procompetitivas de una conducta, sin tener que acreditar antes el carácter lesivo de la misma. Básicamente, el funcionamiento del sistema, objeto de numerosas formulaciones y denominaciones —entre las que destacan “*quick look*”, “*hard-boiled*” o “*truncated*” *rule of reason*— es el siguiente: en primer lugar, se examina si la conducta es tan claramente anticompetitiva que no precisa que el demandante demuestre fehacientemente la existencia de una lesión de la competencia en el mercado; en segundo término, a la vista de los efectos favorables de la conducta, se permite a la parte demandada presentar evidencias del carácter procompetitivo de la misma. El tribunal procederá según la *rule of reason* plena si entiende que las alegaciones de la parte demandada son legítimas y pueden ser probadas en juicio; en caso contrario, el tribunal declarará que las prácticas controvertidas infringen la *Sherman Act*⁴³. En estos términos, el método *quick look* constituye un híbrido entre la regla *per se* y la *rule of reason* tradicional por cuanto que se apoya en presunciones de ilegalidad para ciertos acuerdos, al tiempo que permite entrar a valorar las posibles virtudes procompetitivas de esas mismas conductas⁴⁴.

Aunque todavía algunos autores siguen defendiendo la importancia de las categorías de análisis aisladamente consideradas⁴⁵, es indudable que hoy la mayoría de la doctrina sostiene que existe una fuerte tendencia a la armonización de las reglas *per se* y *de lo razonable* como consecuencia de las ideas previamente examinadas, entre las que destacan la expansión del proceso de caracterización de las conductas

⁴³ El origen de la *quick look rule of reason* suele situarse en el voto particular emitido por el juez BURGER a la sentencia *United States v. Topco Associates, Inc.*, 405 U.S. 596, 623-24 (1972) (Burger, C.J., dissenting), en el que el entonces presidente del Tribunal Supremo sugería la posibilidad de que ciertas restricciones de la competencia tradicionalmente consideradas ilegales *per se*, pudieran tener efectos procompetitivos y advertía del riesgo de condenar tales conductas sin más porque podría resultar contrario a los fines de la *Sherman Act*. *Vid.*, al respecto, J. YANCEY, *U. Kan. L. Rev.*, vol. 44, 1996, p. 678-79.

⁴⁴ Efectivamente, como señalan LANGENFELD y MORRIS (*Antitrust Bull.*, vol. 36, 1991, p. 668 y ss.), el método *quick look* pretende conseguir un análisis más certero de los efectos anticompetitivos de las conductas, pero sin perder parte de las ventajas de orden procedimental asociadas a la regla *per se*.

⁴⁵ *Vid.*, entre otros, P. DENIS (*Antitrust Bull.*, vol. 36, 1991, p. 645), quien sostiene que “la regla *per se* (...) es una regla eficiente para determinar la responsabilidad por lo que debe ser preservada”.

inherentemente ilegales, la reducción de los supuestos a los que se aplica la regla *per se* y la progresiva simplificación de la *rule of reason*⁴⁶. En efecto, existe una opinión mayoritaria entre los autores según la cual ya no tiene sentido hablar de dos (o incluso tres) sistemas contrapuestos, sino de un único mecanismo común para todas las conductas restrictivas de la competencia⁴⁷; se considera que aún en el caso de las restricciones de la competencia más flagrantes, ha de plantearse siempre la cuestión de si existe alguna válida razón que pueda justificar en último término su imposición⁴⁸. De acuerdo con este punto de vista, las categorías *per se*, *quick look* y *rule of reason* hacen referencia simplemente a diferentes puntos de una escala variable en función del grado de investigación necesaria en cada caso concreto⁴⁹.

En *California Dental Association* (1999)⁵⁰, el Tribunal Supremo parece haber refrendado definitivamente la idea de que los métodos de análisis *antitrust* no constituyen categorías contrapuestas sino distintos niveles en la escala de instrumentos

⁴⁶ Esta era la conclusión extraída por D. WOOD-HUTCHINSON (*Sup. Ct. Rev.*, 1984, p. 143) en su comentario a la sentencia *NCAA* y que hoy mantiene toda su vigencia.

⁴⁷ Aunque los tribunales puedan entender, al menos en teoría, que los distintos métodos de análisis se contraponen, en la práctica la aplicación de uno u otro es irrelevante pues en todo caso es preciso algún tipo de análisis de la conducta en cuestión. (J. YANCEY, *U. Kan. L. Rev.*, vol. 44, 1996, p. 685).

⁴⁸ En efecto, aunque se trate de restricciones que en principio merecerían la calificación de ilegales *per se*, ha de realizarse siempre un sucinto análisis de la finalidad y los efectos que la conducta tiene sobre el mercado (J. FLYNN, *Antitrust L. J.*, vol. 49, 1982, p. 1609).

⁴⁹ En opinión de AREEDA (P. AREEDA/ H. HOVENKAMP, *Antitrust Law*, ¶ 1507) el análisis de las conductas restrictivas de la competencia exige el empleo de una especie de escala variable (*sliding scale*) en cuya virtud se exigen pruebas más pormenorizadas del poder de mercado cuanto más evidentes son los beneficios de la conducta y, alternativamente, pruebas más serias de los beneficios de la misma, cuando el daño a la competencia parece particularmente grave. Por tanto, “*existe siempre algún tipo de escala variable a la hora de valorar el carácter razonable, pero esta fórmula sugiere de manera engañosa que disponemos de más precisión de la que cabe esperar (...) con todo, la cantidad de prueba requerida debe variar con las circunstancias*”. De acuerdo con las tesis del ilustre autor T. PIRAINO (*Vand. L. Rev.*, vol. 47, 1994, p. 1771) sostiene que “*los tribunales tendrán que emprender distintos niveles de indagación en función del tipo de restricción en cuestión*”; e igualmente W. KOLASKY (*Antitrust*, vol. 13, 1998, p. 43) afirma que “*al aplicar la rule of reason, los tribunales utilizan (...) una escala variable para determinar que pruebas se necesitan*”. Otros autores que defienden la idea de la escala variable son S. CALKINS, *Antitrust L. J.*, vol. 59, 1991, p. 348 y ss.; T. KRATTENMAKER, *Geo. L. J.*, vol. 77, 1988, p. 165 y ss.; y T. KAUPER, *Calif. L. Rev.*, vol. 75, 1987, p. 905 y ss.

⁵⁰ *Vid. California Dental Association v. Federal Trade Commission*, 526 U.S. 756 (1999), 119 S. Ct. 1604.

probatorios a utilizar en cada caso⁵¹. En este sentido, la sentencia confirma que es posible sancionar una conducta restrictiva sin necesidad de atravesar todas las fases de la *rule of reason* plena⁵² si bien, al mismo tiempo, el tribunal advierte contra los intentos de aplicar dicho estándar con excesiva celeridad, es decir, sin exigir al demandante que pruebe la existencia de un daño a la competencia⁵³.

1.1.2 Otros preceptos *antitrust*

A continuación se realiza un brevísimos resumen del resto de los preceptos norteamericanos sobre competencia, con el mero propósito de facilitar la lectura de este trabajo a quienes no estén familiarizados con la legislación estadounidense.

A. Monopolización del mercado

El artículo 2 de la *Sherman Act* prohíbe a una empresa o grupo de empresas monopolizar o intentar monopolizar un mercado de productos o servicios⁵⁴. Por tanto, el

⁵¹ La sentencia reconoce que “*en general, no existe una línea de separación absoluta entre las restricciones que permiten inferir de manera intuitiva un efecto anticompetitivo y aquellas que requieren un análisis más detallado. Más bien lo que se necesita es investigar en cada caso las condiciones, particularidades y finalidades de la restricción*” (119 S. Ct. 1618). Al respecto, S. CALKINS (*Antitrust L. J.*, vol. 67, 2000, p. 556) sostiene que la sentencia supone una “*advertencia sobre los malentendidos que puede causar la confianza ciega en las fórmulas. La decisión del tribunal es una invitación a pensar, aprender y aplicar lo aprendido*”.

⁵² *Vid.*, en esta línea, W. KOLASKY, *Antitrust*, vol. 14, 1999, p. 69-70 y W. COLLINS, *Antitrust*, vol. 14, 1999, p. 62, quien afirma que la sentencia “*sin lugar a dudas acepta la idea de que el test de la rule of reason puede ser recortado si resulta indicado*”.

⁵³ Únicamente cabe exonerar a la parte demandante de la obligación de demostrar que la conducta en cuestión daña la competencia cuando “*incluso un observador con conocimientos rudimentarios de economía podría concluir que la conducta en cuestión tendrá un efecto anticompetitivo sobre los consumidores y los mercados*”, 119 S. Ct. 1612. Sin embargo, el Tribunal Supremo se encarga de aclarar que ello no supone poner en duda la validez de los juicios *antitrust* abreviados pues entiende que, en muchos casos, el demandante podrá cumplir su obligación con suma rapidez, sin necesidad de acudir al expediente de la *rule of reason* completo (119 S. Ct. 1617).

⁵⁴ “*Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony*”, artículo 2 de la *Sherman Act*, 15 U.S.C. § 2.

precepto regula dos ilícitos *antitrust* diferentes: *monopolization* y *attempt to monopolize*. En relación con el primero, la jurisprudencia estima que la conducta de monopolizar un mercado en el sentido del artículo 2 requiere la presencia de dos elementos: 1) que la empresa o empresas encausadas detenten una posición de dominio en el mercado relevante; y 2) que conscientemente hayan adquirido o mantenido dicha situación de dominio mediante el empleo de métodos predatorios o excluyentes⁵⁵.

Respecto del segundo supuesto, únicamente cabe condenar a una empresa o grupo de empresas por intentar monopolizar un mercado cuando se dan las tres condiciones siguientes: 1) que haya resultado acreditada la intención de la empresa de monopolizar el mercado; 2) que haya incurrido en prácticas predatorias o excluyentes; y 3) que exista una *peligrosa probabilidad* de que consiga su objetivo⁵⁶.

B. Contratos vinculados

Por otra parte, el artículo 3 de la *Clayton Act* declara ilegales los contratos vinculados (*tying contracts*) y los acuerdos de exclusiva respecto de productos, cuando éstos tienen por efecto restringir la competencia en el mercado⁵⁷. El ámbito de aplicación del precepto se limita a los pactos sobre productos, pues los contratos vinculados o de exclusiva relativos a servicios sólo pueden perseguirse en virtud de otras disposiciones, generalmente el artículo 1 de la *Sherman Act*.

⁵⁵ Vid. *United States v. Grinnell*, 384 U.S. 563, 570-71 (1966).

⁵⁶ Vid. *Spectrum Sports v. McQuillan*, 506 U.S. 447 (1993).

⁵⁷ "It shall be unlawful for any person engaged in commerce (...) to lease or make a sale or contract of sale of goods, wares, merchandise, machinery, supplies, or other commodities (...) on the condition, agreement or understanding that the lessee or purchaser thereof shall not use or deal in the goods (...) of a competitor or competitors of the lessee or seller, where the effect of such lease, sale, or contract for sale (...) may be to substantially lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce", artículo 3 de la *Clayton Act*, 15 U.S.C. § 14.

C. Concentraciones

No menos importante es el artículo 7 de la *Clayton Act*, que prohíbe las operaciones de concentración empresarial que tengan por efecto *reducir substancialmente la competencia o tiendan a crear un monopolio en el mercado*⁵⁸. El precepto tiene como finalidad evitar que mediante operaciones de modificación estructural se puedan crear empresas capaces de ejercer, de manera individual o colectiva, una posición de dominio en el mercado. El Tribunal Supremo ha interpretado el artículo 7 de la *Clayton Act* en el sentido de vedar con carácter general aquellas fusiones y adquisiciones que *producen un aumento significativo de la concentración y dan lugar a empresas que controlan una porción excesiva del mercado relevante*, a menos que existan pruebas de que la operación no es susceptible de producir efectos anticompetitivos⁵⁹.

En 1976 el Congreso aprobó la *Hart-Scott-Rodino Act*⁶⁰ que impone la obligación de notificar al Departamento de Justicia y a la *Federal Trade Commission* aquellas operaciones de concentración empresarial que superen determinados umbrales. La notificación previa suspende la operación de concentración hasta que recibe el visto bueno de las agencias *antitrust* federales⁶¹.

En 1992 el Departamento de Justicia y la *Federal Trade Commission* publicaron unas *Directrices sobre Fusiones Horizontales* en las que se precisan los criterios que

⁵⁸ "No person engaged in commerce (...) shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of another person engaged also in commerce (...) where in any line of commerce (...) the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly", artículo 7 de la *Clayton Act*, 15 U.S.C. § 18.

⁵⁹ *Vid. United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321 (1983).

⁶⁰ 15 U.S.C. § 18a.

⁶¹ *Vid.*, en la doctrina española, la perspectiva histórica de las normas de control de concentraciones elaborada por M. DOMÍNGUEZ GARCÍA, *ADI*, vol. 11, 1985-86, p. 161 y ss.

tienen en cuenta a la hora de enjuiciar una operación de concentración⁶². Las directrices establecen una serie de presunciones legales en función del grado de concentración de cada industrial, cuyo cálculo se realiza mediante el Índice Herfindahl-Hirschman (HHI). Así, en primer lugar, se entiende que cuando una fusión da lugar a un índice de concentración en la industria de menos de 1000 puntos, no es susceptible de tener efectos anticompetitivos. En segundo término, cuando una fusión supone un aumento del HHI de más de 100 puntos y sitúa el grado de concentración de la industria entre 1000 y 1800 puntos, puede dar lugar a serias preocupaciones desde el punto de vista *antitrust*. Finalmente, cuando una fusión eleva el HHI en más de 50 puntos y sitúa el HHI por encima de 1800 puntos, se presume que la operación crea o refuerza una situación de poder de mercado⁶³. No obstante, las directrices reconocen que existen otros factores que también influyen en los posibles efectos anticompetitivos de las concentraciones, entre los que destacan la existencia de barreras de entrada, la naturaleza del producto y la presencia de competidores potenciales⁶⁴.

D. Precios predatorios

Es preciso mencionar también el artículo 1 de la *Robinson-Patman Act*, el cual prohíbe a los vendedores realizar conductas discriminatorias en materia de precios, condiciones de venta o descuentos promocionales, siempre que a resultas de dichas prácticas se lesionen las posibilidades de competencia de los compradores desfavorecidos o de otros vendedores en competencia con aquéllos⁶⁵.

⁶² UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE AND FEDERAL TRADE COMMISSION, *Horizontal Merger Guidelines (1992), as Revised (1997)*, que se pueden consultar en <http://www.ftc.gov/bc/docs/horizmer.htm> (visitada 25/4/2001).

⁶³ Punto 1.5 de las Directrices.

⁶⁴ Puntos 2-5 de las Directrices.

⁶⁵ El artículo 1 de la *Robinson Patman Act* reformó el artículo 2 de la *Clayton Act* al objeto de declarar ilegal “to discriminate in price between different purchasers of commodities of like grade and quality (...) where the effect of such discrimination may be substantially to lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce, or to injure, destroy, or prevent competition with any person who either grants or knowingly receives the benefit of such discrimination, or with customers of either of

E. Conductas desleales

En el plano federal hay que aludir también, en último lugar, al artículo 5 de la *Federal Trade Commission Act*, el cual declara ilegales las prácticas empresariales desleales o fraudulentas⁶⁶. El precepto ha sido interpretado en términos amplios por la jurisprudencia en el sentido de incluir cualquier conducta que viole la *Sherman Act*, la *Clayton Act* y la *Robinson-Patman Act*⁶⁷. Es más, el artículo 5 también ha sido utilizado, en ocasiones, como *cajón de sastre* que permite enjuiciar ciertas prácticas empresariales que se estiman negativas para la competencia, aunque no encajan propiamente en el marco de las leyes *antitrust* federales⁶⁸.

F. Legislaciones estatales

Finalmente, conviene recordar que la práctica totalidad de los Estados norteamericanos han aprobado sus propias legislaciones *antitrust*, las cuales suelen tener un contenido muy similar al de las leyes federales. En estas condiciones es frecuente que los tribunales estatales, al enjuiciar un caso según el Derecho estatal, sigan los

them (...)", 15 U.S.C. § 13. Sobre los orígenes y difícil interpretación del precepto *vid.*, en la doctrina española, C. FERNÁNDEZ-NOVOA, *ADI*, vol. 9, 1983, p. 539.

⁶⁶ "Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful", artículo 5 de la *Federal Trade Commission Act*, 15 U.S.C. § 45.

⁶⁷ *Vid.*, por ejemplo, *Federal Trade Commission v. Superior Court Trial Lawyers Association*, 493 U.S. 411 (1990).

⁶⁸ En particular, N. AVERITT (*B. C. L. Rev.*, vol. 21, 1980, p. 242-68) señala que la *Federal Trade Commission Act* también se aplica en los dos casos siguientes: 1) prácticas empresariales que lesionan los fines de las leyes de competencia, aunque no encajen propiamente en el tipo de conducta contemplados en las mismas; y 2) conductas que por encontrarse en un estado embrionario, todavía no constituyen una violación de la *Sherman Act* o de la *Clayton Act* en sentido estricto. En todo caso, la amplitud del término *unfair acts or practices* ha sido una constante fuente de divergencias entre los partidarios y los detractores de ampliar o reducir el margen de actuación de la *Federal Trade Commission*, hasta el punto de que se ha llegado a afirmar que, por esta causa, "la historia de la FTC es en gran medida la historia de una agencia en busca de su verdadera misión" (N. AVERITT, *J. Reprints*, vol. 19, 1989, p. 5).

precedentes dictados por los tribunales federales en aplicación de las normas de competencia federales⁶⁹.

El ámbito de aplicación de las legislaciones *antitrust* estatales ha sido interpretado en términos amplios por la jurisprudencia de manera que, en principio, nada impide su aplicación en asuntos que afectan al comercio entre los Estados⁷⁰. Como resultado de esta doctrina, hoy el ámbito de aplicación de las normas estatales y federales es prácticamente coincidente⁷¹. En todo caso, las disposiciones estatales sobre competencia están sometidas a la *Supremacy Clause*, en cuya virtud las normas federales tienen primacía sobre las normas estatales incompatibles con aquéllas⁷².

1.2 Las agencias *antitrust* norteamericanas

La aplicación del Derecho *antitrust* norteamericano corre a cargo de una red de autoridades encargadas de aplicar la normativa de manera descentralizada. Al frente de esta estructura se encuentran el Departamento de Justicia y la *Federal Trade*

⁶⁹ En efecto, los tribunales estatales suelen recurrir a la doctrina emanada de los tribunales federales cuando aplican sus propias normas de competencia. Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo en *Arizona v. Maricopa County Medical Society* (457 US 332, 336 [1982]), declarando que la legislación *antitrust* de Arizona podía interpretarse de acuerdo con los preceptos equivalentes dictados en el plano federal.

⁷⁰ En materia *antitrust* la jurisprudencia ha interpretado la Cláusula de Comercio en sentido estricto, estimando que las normas estatales no son inconstitucionales por el mero hecho de afectar al comercio interestatal, *vid. Exxon Corp. v. Governor of Maryland*, 437 US 117 (1987).

⁷¹ *Vid. H. HOVENKAMP (Ind. L. Rev., vol. 58, 1983, p. 171-72)*, quien señala que aunque los redactores de la *Sherman Act* manifestaron su voluntad de preservar los Derechos *antitrust* estatales entonces existentes, dicha voluntad no debería ser vinculante hoy puesto que las normas estatales ya no están reservadas únicamente a aquellos asuntos que afectan al comercio dentro de cada Estado.

⁷² Huelga decir que el problema en estos casos consiste en determinar cuándo existe realmente incompatibilidad entre las normas estatales y federales. En este sentido, AREEDA y HOVENKAMP (*Antitrust Law*, ¶ 371) ponen como ejemplo el caso de las disposiciones estatales que permiten a los compradores indirectos reclamar indemnizaciones por valor del triple de los daños causados por un ilícito *antitrust*. A pesar de ser incompatibles con su doctrina en la materia (*vid. Illinois Brick v. Illinois*, 431 U.S. 720 [1977]), el Tribunal Supremo ha declarado que dichas normas son constitucionales porque la discrepancia no es tal como para impedir la consecución de los objetivos de las disposiciones federales (*vid. California v. ARC American Corporation*, 490 U.S. 93, 101 [1989]). Sobre la aplicación concurrente de los ordenamientos estatal y federal *vid.*, en la doctrina española, L. CASES PALLARES, *Derecho administrativo*, p. 499 y ss.

Commission, que son las dos máximas autoridades federales en la materia. Junto con la labor desempeñada en el plano administrativo, en el país norteamericano desempeña un papel preponderante la aplicación *privada* del Derecho a través de la presentación, fundamentalmente por los competidores perjudicados, de demandas ante los tribunales federales. Finalmente, el sistema se completa con una red de fiscales y tribunales estatales que aplican, en principio, el Derecho particular de cada Estado⁷³.

1.2.1 El Departamento de Justicia

El Departamento de Justicia (DOJ) es la principal entidad pública encargada de velar por la libre competencia en el país norteamericano. Al frente del mismo se encuentra el Fiscal General de los Estados Unidos, de quien depende el Asistente del Fiscal General encargado de la División *Antitrust*. El Departamento de Justicia es competente para actuar como demandante en los pleitos civiles por infracción de la *Sherman Act*, la *Clayton Act* y la *Robinson-Patman Act*. Una característica peculiar del sistema estadounidense reside en que el DOJ puede denunciar criminalmente a quienes infringen la *Sherman Act*, si bien esta clase de imputaciones suelen limitarse a los casos de infracciones *per se* de la norma. Finalmente, el DOJ también es competente para presentar reclamaciones de daños y perjuicios por valor del triple de los daños sufridos, cuando a resultas de una infracción de la *Sherman Act* se haya causado un perjuicio económico al erario público.

1.2.2 La *Federal Trade Commission*

La *Federal Trade Commission* (FTC) tiene la competencia exclusiva para aplicar el artículo 5 de la *Federal Trade Commission Act* el cual, en virtud de la interpretación amplia del precepto mencionada, permite a la FTC perseguir aquellas conductas que

⁷³ El modelo de aplicación norteamericano demuestra que “el Congreso ha puesto dientes al artículo 1 (y otros preceptos *antitrust*) que pueden resultar muy afilados y dolorosos para aquellos que sean descubiertos violando la ley”, W. HOLMES, *Intellectual Property and Antitrust Law*, p. 5-2.

resulten contrarias a las leyes *antitrust* federales⁷⁴. Así las cosas, nada impide la intervención concurrente del DOJ y la FTC en un mismo procedimiento, con el consiguiente aumento del gasto público y la imposición de cargas excesivas a las empresas investigadas⁷⁵. Por este motivo, las dos agencias federales han puesto en marcha mecanismos de colaboración e información mutua⁷⁶, entre los cuales destaca la elaboración de directrices conjuntas sobre diversos aspectos de la normativa *antitrust*⁷⁷.

A diferencia de lo que ocurre en el caso del DOJ, el procedimiento seguido por la *Federal Trade Commission* es fundamentalmente administrativo. La mayoría de las investigaciones de la FTC terminan de forma convencional, tras comunicar la agencia su intención de redactar una denuncia (*complaint*) y llegar a un acuerdo con las partes que pone fin al litigio (*consent order*). En caso contrario, la denuncia se tramita ante un juez administrativo y como resultado del procedimiento, la FTC emite un mandamiento (*order*) vinculante para las partes, el cual puede ser recurrido ante un tribunal federal de apelaciones.

Por último, aunque las empresas privadas pueden solicitar a la FTC la apertura de una investigación, los particulares no están legitimados para actuar como demandantes en estos procedimientos; en otras palabras, no cabe aplicación *privada* de la *Federal Trade Commission Act*.

⁷⁴ Vid. *supra* el punto I.1.A del presente capítulo.

⁷⁵ Vid. B. HAWK/ D. VELTROP (*Procedure and Enforcement*, p. 21-22) quienes afirman que las responsabilidades de las dos agencias *antitrust* federales "son más coincidentes que exclusivas".

⁷⁶ Dicha colaboración funciona sobre la base de la comunicación previa de las investigaciones que se pretenden realizar. Cuando las dos agencias manifiestan su interés sobre un mismo asunto, en la práctica se suele atribuir el caso a aquella que esté más familiarizada con la industria en particular, lo cual ha llevado a una cierta especialización por sectores económicos de las agencias federales (J. STEIGER, [1991] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 22).

⁷⁷ En efecto, como señalan HAWK y LAUDATI (*Fordham Int'l. L. J.*, vol. 20, 1996, p. 26), la elaboración conjunta de directrices ha supuesto una mejora substancial para la actuación concertada de las agencias federales.

1.2.3 Los tribunales federales

Los tribunales federales desempeñan un papel preponderante en la aplicación de las normas de competencia norteamericanas por cuanto a ellos corresponde resolver las controversias planteadas por las agencias *antitrust* y los particulares. El sistema judicial federal está formado por los tribunales de distrito, doce tribunales de apelaciones y el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Cada circuito sigue sus propios precedentes de tal suerte que, en ausencia de una decisión del Tribunal Supremo, con frecuencia no existe una interpretación unánime de los preceptos legales en todos los circuitos⁷⁸.

Es menester destacar, además, que los tribunales federales también pueden aplicar el Derecho estatal cuando se trata de asuntos planteados inicialmente ante un tribunal estatal y remitidos, más tarde, a un órgano jurisdiccional federal⁷⁹.

1.2.4 Las autoridades estatales

La aplicación de la legislación *antitrust* en el plano estatal corresponde a los fiscales generales y a los tribunales estatales. Los tribunales estatales son competentes únicamente para aplicar las normas *antitrust* de cada Estado⁸⁰. Los fiscales generales de los Estados, en cambio, pueden perseguir las conductas empresariales contrarias tanto a

⁷⁸ El Tribunal Supremo de los Estados Unidos constituye la principal fuente de uniformidad en el sistema norteamericano, si bien la amplia discrecionalidad de la que goza a la hora de admitir los recursos permite que muchas controversias permanezcan sin resolver durante años. En ausencia de una sentencia del TS, los tribunales federales suelen guiarse por los precedentes de su propio circuito. *Vid.* B. HAWK/D. VELTROP, *Procedure and Enforcement*, p. 27.

⁷⁹ En particular, el Derecho norteamericano permite agrupar en un solo expediente los asuntos planteados ante un tribunal estatal en aplicación de la legislación de ese Estado, cuando los hechos de la causa coincidan con otro asunto presentado ante un tribunal federal en aplicación de la legislación del mismo rango (28 U.S.C. § 1441 [b]).

⁸⁰ Así lo ha interpretado el Tribunal Supremo al señalar que el derecho a demandar en virtud de la *Sherman Act* sólo puede ejercitarse ante un tribunal federal (*vid. General Investors Co. v. Lake Shore & M. S. Ry. Co.*, 260 U.S. 261, 271 [1922]).

los preceptos estatales como federales⁸¹. De hecho, dada la inexperiencia de algunos tribunales estatales con las normas de competencia, es frecuente que los fiscales generales presenten sus demandas contra las empresas infractoras ante los tribunales federales. Además, el papel de las autoridades estatales ha sido especialmente relevante en las etapas históricas –como la presidencia de Reagan– caracterizadas por una escasa aplicación de las normas *antitrust* en el plano federal⁸².

La coordinación de las actividades de los distintos fiscales generales se consigue a través de la *National Association of Attorneys General* (NAAG), que cuenta con una sección dedicada al Derecho *antitrust*. En menor medida, la NAAG colabora e intercambia información con el Departamento de Justicia y la *Federal Trade Commission*.

2. El Derecho de la competencia comunitario

2.1 Las normas de competencia del Tratado CE

2.1.1 Pluralidad de objetivos

Los artículos 2, 3 y 4 del Tratado CE establecen los objetivos y las competencias de la Comunidad Europea. El artículo 2 señala que la Comunidad tiene como misión promover un desarrollo armonioso de las actividades económicas, un alto nivel de empleo y protección social, un alto grado de competitividad y convergencia económica, la mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel de vida y la cohesión económica y social. La consecución de estos objetivos se llevará a cabo mediante el

⁸¹ El artículo 4 c) de la *Clayton Act* faculta a los fiscales generales de los Estados para aplicar las leyes de competencia federales, 15 USC § 15 c).

⁸² Como señalan W. VISCUSI/ J. VERNON/ J. HARRINGTON (*Economics of regulation and antitrust*, p. 18), “gran parte del impulso en favor de la regulación estatal tiene su origen en el descontento con el contenido de la regulación federal”.

establecimiento de un mercado común y la progresiva armonización de las políticas económicas de los Estados miembros. Entre otras funciones, el artículo 3 (f) establece que la Comunidad deberá establecer “*un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior*”.

Con el fin de dar cumplimiento al mandato general de garantizar la competencia en el mercado, el Tratado de la Comunidad Europea dedica el Capítulo 1 del Título VI a las normas de competencia comunitarias. En su sección primera se recogen las disposiciones aplicables a las empresas (artículos 81 a 86), mientras que la sección segunda se dedica al control de las ayudas de Estado (artículos 87 a 89). El Tratado no contiene un precepto general que permita a las autoridades comunitarias supervisar las operaciones de modificación estructural entre empresas, si bien dicha *laguna* fue subsanada posteriormente con la publicación del Reglamento 4064/1989 de control de concentraciones.

Las disposiciones sobre la libertad de competencia forman parte del Tratado CE y por lo tanto, representan un aspecto más del ámbito de actuación de la Comunidad⁸³. Por este motivo, entre los objetivos de las autoridades *antitrust* comunitarias se encuentra no sólo la consecución de los beneficios genéricamente asociados al libre mercado –precios más bajos, mayor calidad de los productos, desarrollo tecnológico, etc.–, sino también la promoción de las demás políticas de la Comunidad⁸⁴. Este hecho

⁸³ En la Comunidad Europea, el Derecho de la competencia tiene una dimensión más compleja que otros sistemas *antitrust* debido a que “*las normas de competencia se recogen en el Tratado que establece la Comunidad Europea. En consecuencia, las normas de competencia deben ser examinadas en su contexto como uno de los instrumentos establecidos para lograr los fines y objetivos del Tratado*”, A. JONES/ B. SUFRIN, *EC competition law*, p. 16-17. Al respecto, el ex-comisario de competencia SUTHERLAND (*St. Louis U. L. J.*, vol. 30, 1985, p. 150) afirma que “*la función de la política de la competencia en el conjunto de la estrategia de la Comisión puede verse como círculos concéntricos. Desde el centro integrado por las normas antitrust aplicables a las empresas, una avanza hacia las otras normas de competencia aplicables a los Estados en materia de monopolios públicos y ayudas estatales, para pasar entonces a las otras políticas establecidas por el Tratado y desarrolladas por las instituciones comunitarias*”. En la doctrina española vid. J. A. GÓMEZ SEGADÉ, *ADI*, vol. 5, 1978, p. 69.

⁸⁴ Así, P. SUTHERLAND (*ECLR*, vol. 6, 1985, p. 283 y ss.) señala que la interpretación de las normas de competencia del Tratado CE debe hacerse teniendo en cuenta las políticas económica, social e

constituye un rasgo distintivo del Ordenamiento comunitario respecto de otros sistemas, pues mientras que las autoridades *antitrust* nacionales suelen tener como única misión evitar las conductas empresariales que puedan afectar a la maximización de la eficiencia en el mercado y al bienestar de los consumidores, en el caso de la Comisión el enjuiciamiento de las conductas se haya condicionado por la consecución de los objetivos del Tratado CE⁸⁵.

De lo dicho hasta hora se desprende sin dificultad que la actuación de las autoridades de competencia comunitarias persigue una doble finalidad. Por un lado, la obtención de los beneficios vinculados a la libre competencia que conlleva la maximización de la eficiencia del sistema y el bienestar de los consumidores. Por otro, el logro de otros objetivos *políticos* de la Comunidad, como resultado de la vinculación de las normas de competencia con el resto de las políticas comunitarias que contempla el Tratado CE. Como se ha dicho, la fijación de esta segunda clase de objetivos constituye una importante particularidad del ordenamiento *antitrust* comunitario, por lo que estimamos conveniente hacer unas breves reflexiones sobre los mismos.

industrial de la Comunidad. En parecidos términos, P. JEBSEN y R. STEVENS (*Antitrust L. J.*, vol. 64, 1996, p. 446) sostienen que “los artículos 85 y 86 (hoy 81 y 82) del Tratado de Roma no se refieren únicamente a cuestiones de competencia, sino que tratan de aplicar un marco más amplio de políticas industriales, sociales y políticas”. Esta circunstancia permite afirmar que “la política de competencia comunitaria es algo más que mera política *antitrust*”, H. SCHRÖTER, [1987] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 656.

⁸⁵ El profesor D. GERBER (*Harv. Int'l. L. J.*, vol. 35, 1994, p. 98) afirma que “el Derecho de la competencia comunitario ha sido siempre especial. Ha sido empleado con la finalidad de proteger la competencia pero, a diferencia de los sistemas de competencia nacionales, su principal objetivo no ha sido lograr los beneficios normalmente vinculados a la competencia, tales como precios más bajos para los consumidores o el desarrollo tecnológico. Por el contrario, (el Derecho de la competencia comunitario) ha sido en general entendido como una parte integrante del programa destinado a conseguir el mercado único europeo”. En esta línea, I. FORRESTER (*Eur. Comp. L. Ann.* 1997, p. 359), destaca que un rasgo sorprendente del Derecho comunitario consiste en que su principal preocupación es la integración del mercado, lo cual representa “un objetivo político, en lugar del fin que generalmente se atribuye a la autoridad antimonopolio convencional”.

A. Fines distintos de la eficiencia económica

Los fines *políticos* de las normas comunitarias de la competencia pueden, a su vez, agruparse en dos categorías⁸⁶. Por una parte, la formación del mercado común caracterizado por las libertades de circulación de productos, servicios, personas y capital. Por otra, la consecución de otras metas que podemos considerar *sociales*, entre las que se encuentran la equidad o justicia de las relaciones entre las empresas, la defensa de los consumidores y usuarios, la protección del medio ambiente o la política industrial de la Comunidad.

a) La integración del mercado común

Tradicionalmente, el Derecho de la competencia se ha utilizado como un instrumento para garantizar el éxito del proceso de integración del mercado que constituye uno de los pilares fundamentales de la Unión Europea. La progresiva eliminación de las barreras legales que impedían los intercambio comerciales entre los Estados miembros, debía ir acompañada de una aplicación eficaz de las normas de competencia con el fin de evitar que la actuación unilateral de los Estados miembros o la acción concertada de las empresas privadas pudieran restringir el libre comercio que se estaba creando⁸⁷.

La preocupación por la integración de los mercados constituyó el principal objetivo de la política de competencia comunitaria durante los primeros años de

⁸⁶ Vid. C. KIRCHNER, *Eur. Comp. L. Ann.* 1997, p. 517. En similares términos, F. SOUTY (*Le Droit de la concurrence*, p. 25 y ss.) alude a un objetivo de *naturaleza auténticamente política* (la integración del mercado) y a otro objetivo de *naturaleza moral o social* (la preocupación por la equidad).

⁸⁷ El Derecho de la competencia debe garantizar que tras la eliminación de las barreras al comercio intracomunitario de tipo fiscal o arancelario, éstas no sean sustituidas por otro tipo de medidas —de origen público o privado— que dividan artificialmente los mercados. Vid. C. D. EHLERMANN, *CMLRev.*, vol. 29, 1992, p. 260.

vigencia del Tratado de Roma⁸⁸. En efecto, en sus primeros informes sobre la competencia, la Comisión destacaba la importancia que tenía el Derecho *antitrust* como mecanismo para evitar la fragmentación del mercado común⁸⁹. Esta opinión había sido adelantada por el Tribunal de Justicia en su célebre sentencia *Consten & Grundig*, en la que se anunciaba la intención de las autoridades comunitarias de impedir cualquier pacto que contribuyese a reforzar las fronteras nacionales⁹⁰. El interés demostrado por el mercado único resulta comprensible ya que es precisamente en los primeros años de vigencia del Tratado, cuando las dificultades que entrañaba la integración se hacían más evidentes⁹¹. Como se verá a continuación, esta noción ha ido perdiendo paulatinamente importancia a medida que el mercado común se ha ido consolidando.

No podemos terminar esta breve referencia al objetivo del mercado único sin advertir que se trata de un rasgo distintivo del Derecho comunitario respecto de la legislación *antitrust* norteamericana⁹². Cuando la *Sherman Act* fue aprobada existía ya

⁸⁸ Entre los autores que han destacado el papel sobresaliente desempeñado por la noción de mercado único cabe citar, entre otros, a B. HAWK (*Fordham L. Rev.*, vol. 41, 1972, p. 231), quien por aquellas fechas advertía que “la primera máxima del Derecho antitrust comunitario es la integración del mercado común y la eliminación de las prácticas restrictivas que interfieran en dicha integración”. Es más, algunos autores señalan que “el objetivo de la integración del mercado constituye la verdadera razón por la que se se introdujo originariamente un sistema de normas de competencia en el Tratado”, W. SAUTER, *Competition law and industrial policy in the EU*, p. 118.

⁸⁹ En concreto, en el VI Informe sobre la política de competencia [1976], la Comisión declaraba que “el Derecho de la competencia es uno de los principales medios disponibles para garantizar la unidad del mercado” (p. 9); y en la misma línea, el IX Informe [1979] señalaba que “el principal objetivo es mantener el mercado común abierto y unificado” (p. 9).

⁹⁰ El Tribunal de Justicia sostenía que “un acuerdo entre un fabricante y un distribuidor susceptible de restaurar las divisiones nacionales al comercio entre Estados miembros puede frustrar los objetivos más importantes de la Comunidad. El Tratado, cuyo preámbulo y contenido se dirige a eliminar las barreras entre Estados (...) no puede permitir a las empresas restaurar dichas barreras. El artículo 85.1 (hoy art. 81.1) fue ideado con el propósito de perseguir dicho objetivo” (Sentencia del TJCE de 13 de julio de 1966, asuntos acumulados 56/84 y 58/64—*Consten & Grundig v. Comisión*, Rec. 1966, p. 429 y ss.).

⁹¹ En efecto, en las primeras etapas de la Comunidad, el riesgo que suponían los acuerdos privados para el libre comercio era especialmente significativo. Vid. M. SIRAGUSA, [1997] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 277.

⁹² Numerosos autores consideran que el objetivo de la integración del mercado constituye el rasgo distintivo más importante del ordenamiento comunitario respecto de la legislación *antitrust* estadounidense. Vid., entre otros, M. CINI/ L. MCGOWAN, *Competition policy*, p. 11; P. TAYLOR, *E.C.*

un mercado de dimensión continental y en gran medida integrado, por lo que las cuestiones relativas al comercio entre Estados resultaban ajenas a los fines del Derecho *antitrust*⁹³. En este sentido, puede afirmarse que las normas de competencia del Tratado realizan un papel equivalente al de las cláusulas de Comercio y de Supremacía del Derecho Federal en la Constitución estadounidense, pues sin ellas no hubiese sido posible la creación de un mercado norteamericano en el que pudiesen competir los distintos operadores económicos⁹⁴.

b) Competencia justa o equitativa

A su vez, las referencias que el Tratado realiza a valores tales como la solidaridad, la justicia o la equidad han llevado a las autoridades de competencia comunitarias a tener en cuenta también otras consideraciones que no guardan relación directa con la eficiencia económica o la integración de los mercados, sino que más bien aluden a la idea de competencia *justa* o *equitativa*⁹⁵. En este sentido, es indudable que la idea de equidad que inspira los preceptos de competencia del Tratado ha estado presente en numerosas decisiones de la Comisión y de los tribunales comunitarios, hasta el punto de llegar a situar en un segundo plano las consideraciones relativas a la eficiencia económica⁹⁶. En particular, la Comisión estima que el principio de *fair competition*

& U.K. competition law & compliance, p. 7-8; T. FRAZER, *Mod. L. Rev.*, vol. 53, 1990, p. 611; y M. HORSPOOL/V. KORAH, *Antitrust Bull.*, vol. 37, 1992, p. 341.

⁹³ A diferencia de lo que ocurre en la Comunidad, "en los Estados Unidos la primera ley federal antitrust, la *Sherman Act* de 1890, adoptó la presunción de que los principales mercados industriales y comerciales estaban organizados sobre una base al menos interestatal, sino nacionalmente integrada", D. GOYDER, *EC competition law*, p. 14. Vid., asimismo, D. HILDEBRAND, *The role of economic analysis*, p. 132.

⁹⁴ Vid. S. WALLER, *Antitrust L. J.*, vol. 61, 1992, p. 56.

⁹⁵ Así lo ha entendido el Tribunal de Justicia al señalar que "el artículo 85 (hoy 81) en su conjunto debe leerse en el contexto de las disposiciones del Preámbulo que lo aclaran, con especial referencia a aquellas relativas a la eliminación de las barreras y a la competencia justa", (Sentencia del TJCE de 13 de julio de 1966, Caso 32/65-*Italia v. Consejo y Comisión*, Rec. 1966, p. 389, 405).

⁹⁶ Vid. A. PERA/M. TADIO, [1996] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 128. Al respecto, es interesante la relación de decisiones elaborada por I. FORRESTER, *Eur. Comp. L. Ann.* 1997, p. 367 y ss.

exige que se garantice no sólo la igualdad de oportunidades entre todas las empresas participantes en el mercado, sino también que se preste especial atención a las PYMES y a los intereses tanto de los trabajadores, como de los consumidores y usuarios⁹⁷.

También en este aspecto el Derecho de la competencia comunitario difiere sensiblemente del norteamericano pues, como se ha dicho, en los Estados Unidos por la influencia de la Escuela de Chicago el único criterio que guía la aplicación de las normas *antitrust* es el de la eficiencia económica⁹⁸. En efecto, mientras que en el país norteamericano cualquier invocación a la idea de *fairness* en el tráfico mercantil se interpreta como un intento de proteger a los rivales más débiles o incluso como un medio de justificar un excesivo intervencionismo por parte del poder político, en la Unión Europea dicha noción se acepta como un medio de prevenir abusos de las empresas más poderosas en perjuicio de las entidades más pequeñas y de los consumidores⁹⁹.

⁹⁷ En efecto, la Comisión (*LX Informe sobre Política de la competencia 1979*, p. 9-10) ha sostenido desde antiguo que entre sus objetivos se encuentra garantizar que “*las condiciones en las que se realiza la competencia respeten el principio de equidad*” lo cual significa que “*debe preservarse la igualdad de oportunidades entre todos los operadores en el mercado (...) con especial referencia a las pequeñas y medianas empresas*”. Además, “*la equidad requiere que la política de competencia de la Comisión tenga en cuenta los intereses legítimos de los trabajadores y de los consumidores y usuarios*”. En este sentido, V. KORAH (*Antitrust Bull.*, vol. 35, 1990, p. 1009-10) señala que las referencia en el Preámbulo del Tratado a factores sociales que trascienden ampliamente de los criterios economicistas de la Escuela de Chicago, ha condicionado la evolución del Derecho de la competencia comunitario.

⁹⁸ *Vid. supra* el punto 1.1 de este trabajo.

⁹⁹ *Vid.* E. FOX, *U. Chi. Legal F.*, 1992, p. 226-27. En opinión de la prestigiosa autora norteamericana, a este lado del Atlántico se acepta sin dificultad la idea de que las autoridades *antitrust* intervengan en nombre de la *equidad* para impedir que una empresa explote a sus compradores o excluya innecesariamente a sus rivales, lo cual resulta inaceptable según la opinión de la doctrina mayoritaria de aquel país, (*vid.* E. FOX, *Notre Dame Law.*, vol. 61, 1986, p. 981 y ss.).

B. Alcance

La pluralidad de objetivos perseguidos por el Derecho de la competencia comunitario no constituye una cuestión meramente formal, sino que tiene importantes consecuencias tanto desde el punto de vista sustantivo como procedimental¹⁰⁰.

a) Punto de vista sustantivo

Desde una perspectiva sustantiva, la subordinación de la política de competencia al logro de objetivos sociales, políticos o de equidad dificulta sensiblemente el análisis *antitrust* de las conductas empresariales¹⁰¹. Cuando la política de la competencia se apoya únicamente en consideraciones económicas, se comprende que la fijación de sus objetivos se realice de acuerdo con las teorías económicas vigentes y que el método de investigación se base en el análisis económico de las conductas. Sin embargo, cuando la política de competencia está condicionada por consideraciones de tipo social o político, resulta mucho más difícil determinar cuál es la teoría económica que señala los objetivos de las normas y cuál es el método de análisis adecuado¹⁰².

¹⁰⁰ D. GERBER (*Harv. Int'l L. J.*, vol. 35, 1994, p. 111) señala que “la importancia sobresaliente que ha tenido para la Comisión y el Tribunal el objetivo de la integración del mercado, ha condicionado no sólo el marco institucional del Derecho de la competencia, sino también su contenido sustantivo”. En esta línea, B. HAWK (*Eur. Comp. L. Ann.* 1997, p. 355) destaca que la preocupación por el mercado único no constituye un mero objetivo retórico, sino que ha desempeñado un papel preponderante tanto en la elaboración de las doctrinas de la Comisión, como en la resolución de los casos particulares.

¹⁰¹ “En sí mismo, un único criterio —como la eficiencia económica— no basta para proporcionar absoluta certeza; pero cuando se aplican múltiples criterios (...) las dificultades para una aplicación clara sólo pueden aumentar”, P. JEBSEN/ R. STEVENS, *Antitrust L. J.*, vol. 64, 1996, p. 459.

¹⁰² Vid. D. JILDEBRAND, *The role of economic analysis*, p. 10. En similares términos, el economista F. JENNY ([1998] *Fordham Corp. L. Inst.*, 188) afirma que “cuando el objetivo legítimo de las leyes y políticas de la competencia es promover la eficiencia económica (...) el diseño de las leyes de competencia debe seguir las enseñanzas del análisis económico. En cambio, cuando las leyes y políticas de la competencia están concebidas para conseguir otros objetivos distintos de la eficiencia económica (...) éstas no pueden ser elaboradas únicamente a partir de las enseñanzas del análisis económico”.

En este sentido ha de recordarse que en los Estados Unidos, por la influencia de la Escuela de Chicago, existe hoy un alto grado de consenso sobre la necesidad de aplicar el método del análisis económico de las conductas como criterio que ha de guiar la aplicación del Derecho *antitrust*. Así las cosas, la autoridad competente debe estudiar los efectos económicos de las prácticas empresariales con el fin de asegurar la mayor eficiencia económica y el bienestar de los consumidores¹⁰³. Por el contrario, a este lado del Atlántico se considera que la maximización de la eficiencia no es el único objetivo y que, por lo tanto, el método basado exclusivamente en el análisis económico de las conductas es insuficiente¹⁰⁴. La desconfianza hacia el método económico provocó que la Comisión y el Tribunal —en menor medida— adoptasen una interpretación excesivamente formalista de los preceptos de competencia, en cuya virtud se consideraba que cualquier práctica empresarial que restringiese la libertad de actuación de los operadores era ilegal, con independencia de los efectos que dicha conducta pudiera tener sobre el mercado¹⁰⁵.

Sin abandonar el plano substantivo ha de señalarse, además, que la pluralidad de fines que guían el Derecho comunitario ha condicionado también el tipo de conductas empresariales investigadas por los servicios de competencia. En efecto, un estudio de las decisiones adoptadas por la Comisión hasta la década de los ochenta permite comprobar que la mayoría de los expedientes sancionadores hacían referencia a restricciones verticales porque se entendía que suponían un grave riesgo para el comercio intracomunitario, mientras que las decisiones en materia de restricciones horizontales

¹⁰³ Vid. *supra* el punto I.1.1.1 del capítulo primero.

¹⁰⁴ El ex-comisario de la competencia L. BRITTAN (*European Competition Policy*, p. 3) relativiza la importancia que tienen las enseñanzas de la Escuela de Chicago para el Derecho comunitario pues si bien es cierto que la eficiencia económica constituye un objetivo válido, ésta ha de analizarse en el contexto de otras metas. En la misma línea, B. HAWK (*Antitrust L. J.*, vol. 57, 1988, p. 307) señala que el análisis económico del Derecho que propone la Escuela de Chicago ha calado de manera limitada en la Comisión y el TJCE ya que la preocupación por fines redistributivos, cuestiones de equidad y valores sociales recogida en el Tratado resulta incompatible con una política *antitrust* exclusivamente centrada en la eficiencia económica.

¹⁰⁵ Vid. *infra* el punto I.2.1.2 del presente capítulo.

ocupaban un lugar secundario, a pesar de que sus efectos sobre el mercado resultan más perjudiciales¹⁰⁶. La estricta política comunitaria en materia de restricciones verticales constituía otra muestra de la ausencia de un análisis económico riguroso por parte de la Comisión¹⁰⁷ y marcaba un punto de divergencia significativo con respecto de las autoridades *antitrust* norteamericanas, las cuales por aquellas fechas eran partidarias de someter las restricciones territoriales entre fabricantes y distribuidores a *la regla de lo razonable*¹⁰⁸. Durante años, la posición de la Comisión respecto de las restricciones verticales constituyó uno de los aspectos más criticados de la política comunitaria de competencia¹⁰⁹ por cuanto se entendía que ignoraba las razones económicas que justificaban la necesidad de imponer restricciones territoriales en los acuerdos de distribución¹¹⁰ e, incluso, podía llegar a perjudicar el comercio intracomunitario que con dicha política se trataba de proteger¹¹¹.

¹⁰⁶ Ciertamente, en las primeras etapas de la Comunidad las restricciones verticales constituían el principal objetivo de los servicios de competencia dado que los acuerdos de distribución (tanto exclusiva como selectiva) se estructuraban generalmente sobre la base de las fronteras nacionales y se consideraba que interferían en el tráfico de bienes y servicios en el mercado común. Vid. L. GYSELEN, *CMLRev.*, vol. 21, 1984, p. 651 y ss. En la medida en que los recursos disponibles son siempre limitados, la atención dedicada a las restricciones verticales tuvo como consecuencia que, en aquellas fechas, la Comisión apenas investigase otras conductas que hoy se consideran mucho más perjudiciales para la competencia en el mercado, como pueden ser los acuerdos entre empresas rivales para fijar precios u otras condiciones de los bienes y servicios. Vid. I. FORRESTER (*Eur. Comp. L. Ann.* 1997, p. 364) y D. GERBER (*Harv. Int'l L. J.*, vol. 35, 1994, p. 112). Como se verá más adelante, el sector bancario constituye un claro ejemplo de esta circunstancia, pues a pesar de que los acuerdos entre entidades de crédito eran una constante en el sector en los primeros años de vigencia del Tratado, los servicios de competencia de la Comisión no se decidieron a actuar hasta los años ochenta (Vid. *infra* el punto I del capítulo tercero).

¹⁰⁷ Así, se entendía que la mera existencia de una restricción al comercio transfronterizo —por ejemplo, una limitación de las exportaciones— bastaba para que la Comisión condenase a las empresas afectadas, sin necesidad de estudiar el mercado de referencia o de considerar las justificaciones que se pudieran alegar en términos de eficiencia. Vid. B. HAWK, *ECLR*, vol. 9, 1988, p. 55. Del mismo modo, como señala N. FENNELLY ([1997] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 250), el Tribunal de Justicia sostenía que cuando se demostraba que el mercado había sido mantenido dividido de manera artificial, no era preciso tener en cuenta cualquier “posible efecto favorable del acuerdo en otros sentidos” (sentencia *Consten & Grundig*, Rec. 1966, p. 342).

¹⁰⁸ En efecto, la actitud de la Comisión contrastaba abiertamente con la política mantenida por las autoridades *antitrust* norteamericanas quienes desde la célebre sentencia *GTE Sylvania*, aplican la *rule of reason* a cualquier restricción vertical que no afecte a los precios. Vid. *supra* el punto I.1.1 del presente capítulo.

¹⁰⁹ Vid. B. HAWK, *CMLRev.*, vol. 32, 1995, p. 973.

¹¹⁰ Hasta fechas recientes, la Comisión mantenía a ultranza su preocupación frente a cualquier restricción territorial en el campo de la distribución de productos y servicios en la Comunidad, con

b) Punto de vista formal

En el plano procesal, la subordinación de la política de competencia comunitaria al logro de los objetivos del Tratado ha propiciado la concentración de atribuciones en la Comisión que prevé el Reglamento 17/62. Mientras que en los Estados Unidos tanto las agencias *antitrust* como los tribunales son competentes para permitir los acuerdos restrictivos en virtud de la *rule of reason*, en el Derecho comunitario la única entidad competente para conceder autorizaciones en virtud del artículo 81.3 CE es la Comisión, limitándose el papel de los tribunales y autoridades nacionales a la aplicación compartida del artículo 81.1 CE. La centralización en la Comisión de la capacidad para autorizar los acuerdos restrictivos se explica, en buena medida, por la necesidad de valorar las distintas políticas comunitarias antes de tomar una decisión en materia de autorizaciones¹¹². En este sentido, algunos autores plantean la dificultad que entrañaría para los tribunales y autoridades nacionales adoptar una decisión sobre un caso concreto

absoluto desconocimiento de las doctrinas económicas que acreditan la necesidad de imponer restricciones territoriales en los acuerdos de los fabricantes con sus distribuidores. Así las cosas, las alegaciones de las empresas investigadas fundadas en la necesidad de evitar el *free-riding* o de fomentar la competencia entre marcas a expensas de la competencia *intra-brand* eran generalmente desoidas por los servicios de la Comisión. Vid. V. KORAH/ W. ROTHNIE, *Exclusive distribution*, p. 8 y ss.

¹¹¹ La imposibilidad de proteger a sus distribuidores en otros Estados miembros, podía llevar a los fabricantes europeos a desistir de sus proyectos de establecerse en nuevos países, de manera que a largo plazo los intercambios intracomunitarios se verían perjudicados. Vid. V. KORAH, *An introductory guide*, p. 60-61; F. CARLIN, *ECLR*, vol. 17, 1996, p. 283 y ss.; y M. WAELBROECK (*Mich. L. Rev.*, vol. 82, 1984, p. 1443-44) quien entonces ya advertía que “*al prohibir a las empresas imponer restricciones al comercio transfronterizo dentro de la CEE, la política de la competencia ortodoxa puede –en ocasiones– obligar a las empresas a abandonar por completo un mercado cuando la alternativa entrañe el riesgo de que sus ventas en dicho mercado, provoquen exportaciones no deseadas a terceros países*”.

¹¹² S. TIMBERG (*Antitrust Bull.*, vol. 7, 1962, p. 135-36) señala que puesto que la política de la competencia es un reflejo de la política económica de la Comunidad, resulta lógico que la dirección de la política *antitrust* corresponda a una autoridad administrativa en lugar de a los tribunales de justicia. Igualmente, B. HAWK (*ECLR*, vol. 9, 1988, p. 58) afirma que “*la centralización en una única institución –la Comisión– de la formulación y ejecución de las diferentes políticas comunitarias permite integrar más fácilmente objetivos económicos concretos, como la eficiencia económica, con otros objetivos económicos, sociales y políticos más amplios, tales como la política industrial o la política económica con terceros países*”. En parecidos términos, A. PERA y M. TADIO ([1996] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 128) destacan la vinculación existente entre la integración del mercado y la concentración de poder en la Comisión a quien, en la práctica, “*se le atribuyeron todas las potestades regulatorias relacionadas con la administración de las diversas políticas orientadas a la integración del mercado*”.

con fundamento en múltiples criterios entre los que no existe una clara relación jerárquica¹¹³.

C. Revisión de los objetivos tradicionales

En la actualidad asistimos a un cambio de actitud de las autoridades *antitrust* comunitarias como consecuencia, en parte, de una revisión de los objetivos tradicionales del Derecho de la Competencia comunitario. Este cambio de postura se traduce en: 1) una mayor receptividad hacia el análisis económico de las conductas; 2) un cambio en las prioridades de los servicios de la competencia; y 3) un ambicioso proyecto para descentralizar la aplicación de los preceptos de competencia del Tratado¹¹⁴.

La importancia del objetivo de la integración del mercado se ha visto mermada por la conclusión formal del mercado único en 1992, fundamentalmente a partir del establecimiento de las libertades de circulación de personas, productos, servicios y capitales¹¹⁵. La creación de un auténtico mercado común fruto de las reformas emprendidas tras la aprobación del Tratado de Roma, permite aventurar que las consideraciones relativas al comercio intracomunitario irán ocupando un lugar menos destacado en las decisiones de la Comisión a medida que dicho mercado común se vaya consolidando¹¹⁶. Una vez removidas las ataduras que para las autoridades *antitrust*

¹¹³ Así, L. HORSBY (*ELR*, vol. 12, 1987, p. 100) afirma que "si las normas de competencia del Tratado CEE han de tener en cuenta otras políticas cuya relación con las normas de competencia es altamente compleja, ¿cómo van los tribunales nacionales a evaluar dichas políticas cuando tengan que aplicarlas en casos individuales?".

¹¹⁴ Sobre el particular, resulta obligada la consulta de la magnífica monografía elaborada por D. GERBER, *Law and competition in the Twentieth Century Europe*, p. 381 y ss.

¹¹⁵ Para el estudio del proceso de construcción del mercado único constituye una referencia obligada la obra de A. MATTERA, *El mercado único europeo*.

¹¹⁶ "El interés por promover y proteger la integración europea ha sido particularmente importante en las primeras etapas de la integración cuando el riesgo de que los acuerdos privados pudieran segmentar el mercado (...) era especialmente virulento. Teniendo en cuenta el proceso de integración en curso, parece prudente dirigir el centro de atención hacia el objetivo de la competencia", C. KIRCHNER, *Eur. Comp. L. Ann.* 1997, p. 516.

entrañaba su compromiso con la integración del mercado, la Comisión está hoy en condiciones de otorgar cada vez más atención a los objetivos genéricos del ordenamiento *antitrust*, como la maximización de la eficiencia y el bienestar de los consumidores, en detrimento de cuestiones tales como los intercambios comunitarios¹¹⁷. Así lo ha reconocido el ex-comisario de competencia Van Miert quien señala que “a medida que el mercado común se va convirtiendo en una realidad, está teniendo lugar un cambio en las prioridades en la aplicación del artículo 85 (hoy 81)”¹¹⁸.

Sin embargo, ello no debe llevarnos a concluir, sin duda apresuradamente, que el objetivo de la integración del mercado ha perdido por completo su importancia¹¹⁹ pues no cabe desconocer que, por una parte, todavía subsisten diferencias sustanciales entre numerosos mercados de la Comunidad¹²⁰ y, por otra, las futuras ampliaciones de la Comunidad exigirán continuar prestando especial atención a aquellas prácticas empresariales que puedan menoscabar la libre circulación de los productos y servicios de los nuevos Estados miembros¹²¹.

¹¹⁷ En la medida en que la noción de mercado único se ha consolidado en la actualidad, parece que ya no tiene sentido seguir manteniendo dicha idea como la máxima que ha de guiar la aplicación del Derecho *antitrust*. Vid. M. SIRAGUSA, [1997] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 277; T. FRAZER, *Mod. L. Rev.*, vol. 53, 1990, p. 613 y ss.; y N. GREEN, *ECLR*, vol. 9, 1988, p. 206.

¹¹⁸ Vid. K. VAN MIERT, *The competition policy*, s/p.

¹¹⁹ Vid. P. MASSEY ([1996] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 100), quien advierte contra el riesgo de estimar que el Derecho comunitario no debe seguir prestando atención a las prácticas empresariales que puedan dividir artificialmente el mercado.

¹²⁰ Entendemos que no cabe afirmar que la consagración formal del mercado único en enero de 1993 baste para excluir inmediatamente el objetivo de la integración del mercado de las normas *antitrust* pues, como advertía en aquellas fechas B. HAWK (*Antitrust*, vol. 4, 1990, 25-26), el mercado único necesita tiempo para consolidarse ya que todavía subsisten significativas diferencias económicas entre los Estados miembros. En este sentido, R. WESSELING (*The modernisation*, p. 86) analiza la doctrina actual de las autoridades comunitarias y concluye que “ni el gradual establecimiento del mercado único ni su conclusión formal en 1992 han llevado al Tribunal de Justicia a variar su jurisprudencia al respecto”. Sobre el particular, P. BOS (*ECLR*, vol. 16, 1995, p. 412) sostiene que “desde una perspectiva política y económica, no debe estimarse que el objetivo de la integración del mercado se ha conseguido”.

¹²¹ Vid. R. WHISH/B. SUFRIN, [1987] *Yearbook Eur. Integ.*, vol. 7, 1988, p. 15.

Esta nueva situación¹²² tiene dos importantes consecuencias desde el punto de vista del contenido del Derecho de la competencia comunitario: en primer lugar, las autoridades *antitrust* están en condiciones de adoptar un concepto de competencia que preste más atención a los efectos de las conductas en el mercado y, en segundo lugar, la investigación de las conductas restrictivas de la competencia se concentra en aquellas que tengan consecuencias negativas para el mercado en forma de precios más altos o menor producción, sin que el hecho de que puedan afectar a los intercambios entre Estados —como es el caso de las restricciones verticales— suponga necesariamente la adopción de una decisión de prohibición¹²³. Además, desde una perspectiva procedimental, la subordinación del Derecho *antitrust* a la consecución de la eficiencia económica permite otorgar a las autoridades administrativas y a los tribunales de los Estados miembros un papel más destacado en la aplicación de los preceptos de competencia del Tratado¹²⁴. De estas cuestiones nos ocuparemos con más detalle al exponer la actual política de la Comisión respecto del artículo 81 del Tratado CE.

Una vez examinadas las peculiaridades del Derecho de la competencia comunitario en relación con los fines perseguidos por este Ordenamiento, a continuación se realiza una exposición de los preceptos de competencia recogidos en el Tratado, con especial atención al artículo 81 que se ocupa de los acuerdos empresariales que restringen la competencia en el mercado común.

¹²² A pesar de que se trata de un fenómeno que alcanza hoy especial relevancia, como señala J. F. VERSTRYNGE ([1984] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 675 y ss.) la transformación de la política de la Comisión comenzó antes de que concluyese formalmente la creación del mercado único.

¹²³ Vid. D. GERBER, *Harv. Int'l. L. J.*, vol. 35, 1994, p. 143-44; R. WESSELING, *ECLR*, vol. 18, 1997, p. 94 y ss.; y A. PERA / M. TADIO, [1996] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 136.

¹²⁴ Vid. A. PERA / M. TADIO, [1996] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 142.

2.1.2 El artículo 81 CE: la interpretación tradicional

El artículo 81.1 del Tratado CE prohíbe por ser incompatibles con el mercado común, los acuerdos y prácticas concertadas entre empresas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común.

El artículo 81.2 establece que los acuerdos que infringen el apartado primero de dicho precepto son nulos de pleno derecho.

No obstante, el artículo 81.3 prevé que se pueda conceder una exención a los acuerdos o categorías de acuerdos que contribuyan a mejorar la producción o la distribución o a fomentar el progreso técnico o económico, siempre que reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante. Además, únicamente se podrá conceder dicha exención cuando, por una parte, las restricciones previstas en el acuerdo sean necesarias para conseguir los efectos beneficios que de él se derivan y, por otra, dicho pacto no permita a las empresas participantes eliminar la competencia respecto de una parte substancial del mercado.

El Reglamento 17/62¹²⁵ establece el sistema de control y los procedimientos de aplicación del artículo 81 del Tratado CE basado en la aplicabilidad directa del artículo 81.1 CE y en la notificación previa de los acuerdos para los que se solicite una exención con arreglo al artículo 81.3 CE¹²⁶. En cuanto a las autoridades encargadas de aplicar el mencionado precepto, el Reglamento 17/62 dispone que los tribunales y autoridades

¹²⁵ Reglamento (CEE) Número 17 del Consejo, de 21 de febrero de 1962. Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado, DOCE L 35/204.

¹²⁶ El artículo 4.1 del Reglamento 17/62 señala que “los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas mencionados en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado (hoy artículo 81) (...) y en favor de los cuales los interesados deseen invocar las disposiciones del apartado 3 del artículo 85 deberán notificarse a la Comisión. En tanto no se hayan notificado no podrá tomarse decisión alguna relativa a la aplicación del apartado 3 del artículo 85”.

nacionales únicamente pueden aplicar el apartado primero del artículo 81, mientras que la facultad de conceder exenciones en virtud del apartado tercero fue concedida en exclusiva a la Comisión¹²⁷. Por tanto, el Reglamento 17/62 estableció un sistema de *autorización previa* centralizado en la Comisión, frente al sistema de *excepción legal* descentralizado que permite un control *a posteriori* de los acuerdos, como es el caso de los Estados Unidos¹²⁸.

A. La interpretación estricta de la prohibición

Tradicionalmente, la aplicación de la política de la Comisión se apoyaba en el examen del contenido de los contratos, en lugar de en el análisis económico de sus consecuencias en el mercado¹²⁹. De acuerdo con estos parámetros, la Comisión entendía que bastaba probar la existencia de cualquier limitación de la libertad de actuación de las

¹²⁷ El artículo 9.1 del Reglamento 17/62 afirma que “la Comisión tendrá competencia exclusiva para declarar las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 (hoy artículo 81) inaplicables conforme al apartado 3 del artículo 85 del Tratado”. La concentración de atribuciones en la Comisión fue criticada por un sector de la doctrina que abogaba, desde fechas tempranas, por una descentralización de la aplicación del artículo 81.3 TCE. Básicamente, se entendía que las autoridades nacionales también estaban en condiciones de valorar los efectos de las conductas en el mercado y que la imposibilidad de aplicar el apartado 3 podía dejar la mayoría de los procedimientos a escala nacional en suspenso. Otro sector de la doctrina, se oponía a la aplicación descentralizada del artículo 81.3 TCE por entender que impediría que la Comisión velase por el interés común de la Comunidad y dificultaría la aplicación uniforme de las normas de competencia comunitarias. En relación con este asunto, ha de hacerse referencia a la polémica suscitada en las páginas de la *Common Market Law Review* por los trabajos de S. KON (vol. 19, 1982, p. 541 y ss), a favor, y E. STEINDORFF (vol. 20, 1983, p. 125 y ss.), en contra, en los que se hace referencia a los argumentos citados. Más recientemente y en parecidos términos, vid. S. KON/A MAXWELL, *ECLR*, vol. 19, 1998, p. 442 y ss.; y S. KON, [1999] *Fordham Corp. L. Inst.*, s/p.

¹²⁸ Sobre los dos modelos de control –sistema de autorización previa o control *a priori* y sistema de excepción legal o control *ex post*– vid. A. M. TOBÍO RIVAS, *La autorización de medidas limitativas*, p. 41 y ss.).

¹²⁹ Como señalaba ya en la década de los sesenta el juez JOLIET (*The rule of reason*, p. 184), “la Comisión se ha adherido a una definición muy estricta de competencia” en cuya virtud sostenía que “cualquier acuerdo por el que las empresas restringen su libertad y posibilidades de competir constituye una restricción de la competencia en el sentido del artículo 85.1 (hoy 81.1)”, cuando lo que correcto sería entender que “si un acuerdo restringe o no la competencia, sólo se puede determinar después de analizar los hechos de cada caso a la luz de una investigación económica”. En consecuencia, I. FORRESTER (*Eur. Comp. L. Ann.* 2000, p. 76) señala que “la aplicación de la competencia por la Comisión en este último siglo ha estado dominada por el análisis textual de las cláusulas escritas, en lugar de por el análisis económica de la realidad de los mercados”.

empresas, para entender que se había producido una restricción de la Competencia en el sentido del artículo 81.1 CE¹³⁰. Por supuesto, no todos los acuerdos restrictivos se consideraban inaceptables, pero la decisión sobre su compatibilidad con el comercio comunitario debía realizarse en sede del artículo 81.3 CE¹³¹. En la práctica, esta estricta doctrina significaba que casi todos los convenios entre empresas rivales —en cuanto limitan la libertad de actuación de las partes contratantes— se podían considerar acuerdos restrictivos de la competencia y, por tanto, nulos de pleno derecho a menos que recibieran el visto bueno de la Comisión en forma de autorización singular¹³².

Esta noción rigurosa de lo que constituye una restricción de la competencia se puso de relieve desde las primeras etapas de aplicación del Derecho comunitario de la competencia. Así, en las alegaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia en el caso *Consten & Grundig*, la Comisión sostenía ya que el criterio determinante para el enjuiciamiento *antitrust* de las conductas debía ser si el acuerdo *interfiere con la libertad de actuación* de alguna de las partes contratantes y si, como resultado del mismo, resulta perjudicada la posición en el mercado de terceras empresas¹³³. Esta tesis fue confirmada posteriormente en numerosas ocasiones. Así, por ejemplo, en la sentencia *Coditel II* relativa a un acuerdo de licencia exclusiva de derechos de autor, la

¹³⁰ “El principal error sobre el que descansa esta aplicación excesiva del artículo 85.1 (hoy 81.1) radica en la idea de que cualquier limitación de libertad de actuación en el mercado constituye una restricción de la competencia. Ello lleva a investigar las cláusulas concretas en lugar del análisis económico, con el consiguiente aumento innecesario del ámbito del artículo 85.1”, J. FAULL, *Eur. Comp. L. Ann.* 1997, p. 506.

¹³¹ Al respecto, FORRESTER y NORALLL (*CML Rev.*, vol. 21, 1984, p. 12) señalan que “la prohibición general del artículo 85.1 (hoy 81.1) era interpretada de un modo literal, casi matemático. Aunque se reconocía que muchas de las conductas incluidas en el amplio abanico del apartado (1) eran en realidad aceptables, a esta conclusión debía llegarse mediante la aplicación del apartado (3)”.

¹³² Como afirma S. BISHOP (*Eur. Comp. L. Ann.* 2000, p. 56), esta interpretación estricta “supone que prácticamente todos los contratos entre empresas están incluidos en el artículo 81.1. Por lo tanto, la Comisión está peligrosamente cerca de concluir que todos los contratos infringen el artículo 81.1”.

¹³³ *Vid. Consten & Grundig v Comisión*, Rec. 1966, p. 377. *Vid. V. KORAH, CLP*, vol. 39, 1986, p. 94-95.

Comisión argumentaba que “estas son típicas restricciones de la libertad de actuación económica que generalmente entran dentro del ámbito del artículo 85.1 (hoy 81.1)”¹³⁴.

Frente a la rigidez mantenida por la Comisión, el Tribunal de Justicia, en algunas sentencias, desestimó la idea de que cualquier restricción convencional de la conducta de las empresas implicase necesariamente una restricción de la competencia incompatible con el artículo 81.1 CE¹³⁵. Así, en el conocido caso *Technique Minière*, el tribunal declaró que una cláusula de exclusividad territorial concedida a un distribuidor no restringía la competencia cuando era necesaria para introducir un producto en un mercado¹³⁶. Aunque otras sentencias también subscriben una aproximación económica de las conductas restrictivas¹³⁷, lo cierto es que la jurisprudencia comunitaria hasta comienzos de la década de los noventa se mostró sumamente vacilante, sin que pudiera

¹³⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 1982, asunto 262/81—*Coditel v. Ciné Vog Films (Coditel II)*, Rec. 1982, p. 3381 y ss.

¹³⁵ Vid. M. WAELBROECK, [1987] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 721. Al respecto, GREEN (*ECLR*, vol. 9, 1988, p. 195) advertía entonces que el Tribunal de Justicia “ha publicado varias sentencias en las que ha estimado que ciertas cláusulas que pudieran parecer restrictivas, en realidad no eran restricciones de la competencia”.

¹³⁶ Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de junio de 1966, asunto 56/65—*Société Technique Minière v. Maschinenfabrik Ulm*, Rec. 1966, p. 337 y ss.

¹³⁷ Así, sin ánimo de ser exhaustivos, cabe recordar que en la sentencia *L C Nungesser KG v. Comisión* (sentencia de 8 de junio de 1982, asunto 258/78, Rec. 1982, p. 2015 y ss.), el TJCE declaró que una licencia exclusiva de derechos sobre obtenciones vegetales no infringiría al artículo 81.1 TCE si a la vista de las circunstancias del caso, el licenciatario no se hubiera arriesgado a invertir en el negocio a menos que obtuviese la garantía de exclusividad. En *Remia BV & Verenigde Bedrijven Nutricia v. Comisión* (sentencia de 11 de julio de 1985, asunto 42/84, Rec. 1985, p. 2545 y ss.) la corte europea afirmó que las cláusulas restrictivas impuestas al comprador de un negocio que se consideren imprescindibles para llevar a cabo la transferencia no contravienen el artículo 81.1. En *Pronuptia de Paris v. Schilligalis* (sentencia de 28 de enero de 1986, asunto 161/84, Rec. 1986, p. 353 y ss.) el tribunal concluyó que ciertas cláusulas restrictivas contenidas en un contrato de franquicia no vulneraban el artículo 81.1 porque tenían como finalidad mantener un *standard* común para la cadena de franquicias y proteger los derechos de propiedad intelectual del franquiciante. Por último, la sentencia *Erauw-Jacquery Sprl v. La Hesbignonne Société Cooperative* (sentencia de 19 de abril de 1988, asunto 27/87, Rec. 1988, p. 1919 y ss.) indicó que las cláusulas que prohibían a un licenciatario exportar semillas protegidas por derechos de propiedad intelectual no infringen la prohibición del artículo 81.1 cuando son necesarias para proteger el derecho del licenciante a elegir a sus licenciarios.

concluirse claramente si estaba a favor de una interpretación más literal o económica de las cláusulas limitativas de la competencia¹³⁸.

En las páginas siguientes examinaremos con más detalles las razones que llevaron a las autoridades comunitarias a realizar esta interpretación tan amplia de la prohibición del artículo 81, así como las negativas consecuencias que de ella se derivaron tanto para las empresas como para la propia Comisión. No obstante, es menester advertir, con carácter previo, que en la actualidad las autoridades comunitarias han abandonado esta interpretación excesivamente formalista del artículo 81 en favor de una visión más económica de los acuerdos empresariales.

B. Causas de la rigidez de la Comisión

En opinión de la doctrina, la rigidez formal que caracterizó hasta fechas recientes la política de la Comisión respecto de los acuerdos empresariales, puede explicarse con apoyo en las ideas siguientes: 1) la estructura prohibición-autorización del artículo 81; 2) la pluralidad de objetivos perseguidos por las normas de competencia; 3) la ausencia de una formación económica suficiente del *staff* de la Comisión; y 4) el interés de la autoridad comunitaria por someter a su control el mayor número posible de actividades empresariales.

Así, en primer lugar, es indudable que la propia estructura del artículo 81 permite realizar una interpretación estricta de su apartado primero, pues siempre cabe atenuar los rigores de la misma a la hora de analizar las condiciones de exención que se

¹³⁸ Vid. B. HAWK, (ECLR, vol. 9, 1988, p. 70) quien señala que la doctrina del Tribunal de Justicia no ha sido absolutamente coherente. Al respecto, el citado autor afirma que “*el Tribunal parece más dispuesto que la Comisión a exigir una investigación acerca de los efectos anticompetitivos del acuerdo cuestionado en sede del artículo 81.1 (hoy 81.1). Sin embargo, tal investigación no ha sido siempre requerida según el artículo 85.1*”.

regulan en su apartado tercero¹³⁹. En este sentido, cabe recordar que mientras en el caso del artículo 1 de la *Sherman Act* la rigurosidad extrema del precepto obligó a la jurisprudencia a interpretarlo en el sentido de que sólo se prohibían las restricciones de la competencia *no razonables*¹⁴⁰, cuando se trata del artículo 81 del Tratado no existe la misma necesidad de atenuar la prohibición general del apartado primero, pues siempre existe la posibilidad de permitir las conductas empresariales que se estiman correctas mediante la concesión de una exención en virtud del apartado tercero¹⁴¹.

En segundo término, ya hemos aludido a que la pluralidad de objetivos que guían la actuación de las autoridades *antitrust* condicionaron la rigidez formal de la política de la competencia comunitaria¹⁴². Es sabido que en ausencia de un objetivo económico claro —la maximización de la eficiencia— los servicios de competencia comunitarios adoptaron una interpretación excesivamente formalista de los acuerdos en cuya virtud se investigaba la presencia de determinadas cláusulas contractuales, en lugar de los efectos de las conductas sobre el mercado¹⁴³.

En tercer lugar, también cabe explicar la ausencia de un análisis económico riguroso por la clase de formación recibida por el personal de la Dirección General de la

¹³⁹ G. AMATO (*Antitrust and the bounds of power*, p. 47) señala que “esta estructura normativa ha llevado a la Comisión a interpretar el artículo 85.1 (hoy 81.1) de manera muy rígida (...) con el resultado de que, generalmente aunque no siempre, los únicos acuerdos exentos según el artículo 85.1, son aquellos que no contemplan en modo alguno ninguna restricción”. En esta línea, V. KORAH (*Antitrust Bull.*, vol. 35, 1990, p. 1015) sostiene que “la posibilidad de obtener una exención ha hecho menos primordial interpretar el artículo 85.1 (hoy 81.1) de manera que no prohíba la cooperación que aumente la eficiencia”.

¹⁴⁰ *Vid. supra* el punto I.1.1.1 del presente capítulo.

¹⁴¹ *Vid.* V. KORAH, *Competition law*, p. 2-39.

¹⁴² *Vid. supra* el punto I.2.1.1 del presente capítulo.

¹⁴³ BISHOP y WALKER (*The economics of EC competition law*, p. 3) afirman que la pluralidad de objetivos del Derecho de la competencia comunitario condiciona “el peso que las autoridades de competencia y los tribunales deben dar a la economía en los procesos de toma de decisiones”.

Competencia en Bruselas¹⁴⁴. A diferencia de lo que ocurre en las universidades norteamericanas, en nuestro continente, aunque no resulta extraño que se estudien nociones de macroeconomía con los estudios de Derecho, los juristas no suelen estar familiarizados con la aplicación de teorías microeconómicas —como puede ser las teorías de precios— para la solución de los litigios legales. En estas condiciones, se comprende fácilmente que los abogados y el personal de los servicios de competencia de la Comisión tiendan a prestar más atención al contenido de los contratos que a sus efectos sobre el mercado¹⁴⁵.

Finalmente, la amplitud de la cláusula general prohibitiva del artículo 81.1 CE ha sido utilizada deliberadamente por la Comisión como un mecanismo para asegurarse un mayor control sobre las actividades empresariales en la Comunidad. Una definición estricta de la prohibición general del apartado primero obliga a realizar toda la investigación en sede del apartado tercero, en el que la Comisión es la única entidad competente para conceder exenciones¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Vid. M. SIRAGUSA, [1997] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 278; y M. HORSPOOL/ V. KORAH, *Antitrust Bull.*, vol. 37, 1992, p. 361.

¹⁴⁵ Vid. V. KORAH (*Nw. J. Int'l. L. & Bus.*, 1981, p. 348-49), quien considera que “resulta más sencillo fijarse mecánicamente en las cláusulas que limitan la conducta de alguien: después, la Comisión es libre de realizar un complejo análisis económico en sede del artículo 85.3 (hoy 81.3) en aquellos casos que investiga con detenimiento”.

¹⁴⁶ Como señala R. JOLIET (*The rule of reason*, p. 190), los partidarios de la interpretación rígida de la autoridad comunitaria sostenían que “la Comisión debe rechazar la rule of reason en la interpretación del artículo 85.1 (hoy 81.1) con el fin de asegurarse el control del mayor número posible de acuerdos restrictivos; de este modo se somete a las partes al procedimiento del artículo 85.3 (hoy 81.3)”. En la misma línea crítica, C. BRIGHT afirma que “por su puesto, es normal que las instituciones comunitarias adopten una interpretación expansiva de su ámbito jurisdiccional. Cuando la competencia comunitaria resulta ampliada por normas estrictas, no puede sorprender que tales normas sean interpretadas de la forma que permita mayores competencias (...) La crítica se refiere a una interpretación dogmática y no razonada que permite maximizar el ámbito competencial pero que, al mismo tiempo, maximiza también los inconvenientes de todos los implicados” ([1995] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 506).

C. Negativas consecuencias de la interpretación estricta

La interpretación rígida de la prohibición de las prácticas colusorias obliga a someter al trámite de autorización singular a un elevado número de acuerdos empresariales. Si a ello añadimos que el artículo 9.1 del Reglamento 17/62 confiere a la Comisión la competencia exclusiva para aplicar el artículo 81.3 CE, la consecuencia inevitable de todo ello es que los servicios de la competencia comunitarios tienen que atender un elevado número de expedientes de autorización de acuerdos empresariales cuando, en la práctica, carecen de los recursos necesarios para ello¹⁴⁷. En estas condiciones, el sistema de autorización previa resulta claramente insatisfactorio tanto para los servicios de competencia como para las empresas comunitarias, al tiempo que perjudica la innovación en los mercados europeos.

En primer término, como acabamos de señalar, una gran cantidad de acuerdos empresariales se consideran, en principio, restrictivos de la competencia a pesar de que sus efectos sobre el mercado son, en términos generales, positivos y normalmente no encuentran dificultades para obtener una exención¹⁴⁸. Ello obliga a la Comisión a tramitar un elevado número de solicitudes de autorización singular a pesar de que, en la práctica, carece de recursos suficientes para atender todas las demandas¹⁴⁹. Así las

¹⁴⁷ I. FORRESTER/ C. NORALL, (CML Rev., vol. 21, 1984, p. 16) afirman que "un acuerdo incluido en el apartado 1 del artículo 85 (hoy 81) es nulo e inaplicable según el apartado 2 a menos que haya sido autorizado de acuerdo con el apartado 3. Un sistema que hace depender todo de una autorización que en la práctica es incapaz de emitir, debe someterse a una dura crítica. En lugar de otorgar seguridad jurídica, constituye una fuente de inseguridad". Al respecto, J. VENIT (Eur. Comp. L. Ann. 1997, p. 567-68) señala que el sistema de defensa de la competencia comunitario incurre en un error de partida: "la creación de un sistema de control previo por una autoridad que carece de los recursos y procedimientos necesarios para suministrar dicho control".

¹⁴⁸ Para un análisis económico del gasto que supone el sistema de notificación previa para la Comisión y las empresas vid. W. WILS, *ELR*, vol. 24, 1999, p. 139 y ss.

¹⁴⁹ "La disponibilidad de autorizaciones es indispensable para que el sistema funcione tal y como fue diseñado. Sin embargo, en la práctica la Comisión sólo puede emitir unas pocas autorizaciones cada año. En consecuencia, existe una discordancia estructural entre el alcance de la jurisdicción de la Comisión y su capacidad administrativa para conferir la seguridad jurídica necesaria en virtud de su doctrina", I. FORRESTER, [1995] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 469.

cosas, la abundancia de notificaciones constituye una consecuencia lógica del sistema previsto por el Reglamento 17/62, pero al mismo tiempo contribuye a su destrucción¹⁵⁰ en la medida en que la Comisión no puede hacer frente a todas las solicitudes y muchas de ellas permanecen años sin ser contestadas¹⁵¹.

En segundo lugar, la interpretación amplia del artículo 81.1 CE también entraña consecuencias negativas para las empresas, a las que se impone la observancia de ciertas obligaciones formales que en absoluto se justifican por la trascendencia de las transacciones realizadas. La amenaza de la nulidad que pende sobre los acuerdos restrictivos hace que las empresas pongan en marcha el costoso procedimiento de notificación a pesar de que, en muchos casos, se trata de acuerdos que no suponen una amenaza para el libre mercado¹⁵². A pesar de la amenaza que supone la nulidad del artículo 81.2, la realidad de los hechos demuestra que las empresas, antes de ponerse en contacto con la Comisión, suelen estudiar los pros y los contras de iniciar el largo proceso de autorización y en ocasiones optan por renunciar al *amparo* de las autoridades comunitarias¹⁵³. En la práctica, el motivo más común para notificar un acuerdo radica en que la notificación sitúa a las empresas en una posición de fuerza en caso de que alguna de las partes en el acuerdo cuestione la aplicabilidad de sus cláusulas ante los tribunales nacionales¹⁵⁴.

Finalmente, la rigidez formal de la que adolece la Comisión también tiene consecuencia negativas para el desarrollo económico y tecnológico de la Comunidad. Así, los costes asociados a la notificación de los acuerdos pueden hacer desistir a las

¹⁵⁰ M. SIRAGUSA, [1997] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 281.

¹⁵¹ M. HORSPOOL/ V. KORAH (*Antitrust Bull.*, vol. 37, 1992, p. 358) señalan, en este sentido, que muchas solicitudes de autorización singular “*permanecen indefinidamente en una especie de limbo*”.

¹⁵² C. BRIGHT, [1994] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 517.

¹⁵³ *Vid.* A. BROWN, *ELR*, vol. 17, 1992, p. 327 y ss.

¹⁵⁴ *Vid.* I. FORRESTER ([1999] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. s/p.) quien, por este motivo, entiende que “*la notificación constituía un medio para protegerse frente a impugnaciones de los acuerdos, en lugar de un mecanismo ultra-escrupuloso de obtener una seguridad jurídica*”.

empresas de la idea de emprender convenios de colaboración con otras entidades que resultarían beneficiosos para el mercado. Además, en ocasiones, la rigidez de la Comisión obliga a las empresas a redactar sus acuerdos de colaboración con el único fin de adaptarse a las estrictas cláusulas de los reglamentos de exención, lo cual también representa un freno a la innovación empresarial¹⁵⁵.

D. Medidas adoptadas por la Comisión

Los servicios de competencia comunitarios eran conscientes desde hacía tiempo de los inconvenientes que el sistema presentaba, por lo que decidieron introducir ciertas mejoras en el procedimiento ante la Comisión. Por una parte, con el propósito de reducir el número de solicitudes de autorización, la Comisión publicó diversos reglamentos de exención por categorías en cuya virtud se excluía de la aplicación del artículo 81.1 CE a ciertas clases de acuerdos. Hasta el año 1999, los reglamentos de exención eran redactados en términos muy rígidos y su ámbito de aplicación resultaba excesivamente limitado, por lo que su contribución para solucionar los inconvenientes que planteaba el exceso de notificaciones resultaba escasa¹⁵⁶. Además, esta fórmula tenía el inconveniente de que las empresas tenían que redactar sus convenios de acuerdo con las cláusulas de los reglamentos, lo cual contribuía a una indeseable *osificación* de las estructuras contractuales¹⁵⁷.

Por otra parte, con objeto de simplificar la tramitación de las autorizaciones singulares, los servicios de competencia suelen concluir los expedientes con la emisión

¹⁵⁵ Vid. C. BRIGHT, [1994] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 519.

¹⁵⁶ En este sentido, KORAH (*An introductory guide*, p. 357 y ss.) afirma que con anterioridad al año 2000, los reglamentos de exención eran redactados en términos tan estrictos que numerosos acuerdos inofensivos para la competencia quedaban excluidos de su ámbito de protección.

¹⁵⁷ Vid. M. HORSPOOL/ V. KORAH (*Antitrust Bull.*, vol. 37, 1992, p. 357) quienes sostienen que numerosos acuerdos empresariales son modificados por las partes con el único fin de que el reglamento de exención les resulte aplicable pero “sin mejorar la justicia o eficiencia de la economía”.

de una carta administrativa de conformidad¹⁵⁸ en la que, a la vista de las circunstancias del caso, se declara que o bien un acuerdo no restringe la competencia o bien reúne las condiciones para concederle una autorización singular¹⁵⁹. Sin embargo, también en este caso se trata de un mecanismo insuficiente porque no confiere seguridad jurídica a las empresas comunitarias. De un lado, las cartas de conformidad no satisfacen a las empresas que notifican sus acuerdos, en la medida en que no son vinculantes ni para los tribunales nacionales, ni para la propia Comisión que puede revocarlas posteriormente. De otro, este mecanismo tampoco contribuye a dotar de seguridad jurídica al mercado por cuanto las cartas de conformidad no se publican íntegramente y sólo se notifican a las partes interesadas¹⁶⁰.

E. La alternativa de la *rule of reason*

A la vista de los inconvenientes que planteaba la interpretación amplia del artículo 81.1 CE, un destacado sector de la doctrina sostenía que la solución no podía consistir en medidas de índole meramente formal –como los reglamentos de exención o las cartas de conformidad– sino que era necesario incidir sobre el fondo o la substancia

¹⁵⁸ Las cartas de conformidad simplifican el procedimiento porque son emitidas por la propia Dirección General de la Competencia y no por la Comisión en su conjunto, como es el caso de las decisiones formales. Además, en esta clase de documentos la Comisión no tiene que aportar una fundamentación jurídica suficiente de la decisión adoptada. *Vid.* C. S. KERSE, *EC antitrust procedure*, p. 237 y ss.

¹⁵⁹ Las cartas de conformidad pueden ser de dos clases: a) *declaraciones negativas*, en cuya virtud se afirma que los acuerdos notificados no infringen el artículo 81.1 TCE; y b) *exemption comfort letters*, por las que se comunica a las empresas que el acuerdo notificado reúne las condiciones que exige el artículo 81.3 TCE. *Vid.* C. BELLAMY/ G. CHILD, *EC law of competition*, p. 873 y ss.

¹⁶⁰ A pesar de ello, L. ORTIZ BLANCO (*Competition procedure*, p. 269) estima que la emisión de cartas de conformidad constituye una práctica generalmente bien recibida por las empresas, como lo demuestra el hecho de que, aunque podrían obligar a la Comisión a emitir una decisión formal, la gran mayoría de ellas aceptan voluntariamente someterse a este recurso administrativo abreviado. A nuestro modo de ver, parece más acertada la opinión de F. MONTAG, ([1998] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 163 y ss.) quien señala que a las empresas no les queda otra alternativa que aceptar la carta de conformidad a la vista de la duración de los expedientes concluidos mediante decisión formal. En este sentido, el citado autor afirma que el sistema actual “*deja a las empresas en la disyuntiva de posponer sus proyectos por un período de tiempo indefinido (a la espera de una decisión formal) o aceptar el riesgo de seguir adelante con apoyo en una carta de conformidad que la Comisión puede revocar tan pronto reciba una queja de sus competidores*” (p. 165).

de las normas de competencia del Tratado. Para ello, se proponía la necesidad de adoptar una interpretación económica más rigurosa de los acuerdos empresariales a la hora de decidir si restringen o no la competencia en el mercado.

La alternativa propuesta, que suele denominarse *rule of reason*, consiste en analizar los efectos sobre el mercado —tanto positivos como negativos— de los acuerdos empresariales en sede del artículo 81.1, en lugar de postergar el análisis económico al momento en el que se decide sobre las condiciones de exención *ex* artículo 81.3 CE¹⁶¹. Por lo tanto, de acuerdo con esta línea de opinión, el análisis *competitivo* de los acuerdos se realizaría al examinar el apartado primero del artículo 81, mientras que la aplicación del apartado tercero se reservaría a aquellos casos en los que la Comisión decidiese conceder una exención con fundamento en otros objetivos más amplios del Tratado¹⁶².

La opción de la *rule of reason* ha dado lugar a una encendida polémica entre los autores acerca de la posibilidad de aplicar el método de investigación norteamericano a los preceptos de competencia del Tratado. Para los partidarios de esta alternativa, la realización del análisis económico de las conductas en sede del artículo 81.1 CE presenta, al menos, tres indudables ventajas. En primer lugar, el examen de los efectos positivos y negativos de los acuerdos en sede del artículo 81.1, elimina las incongruencias que se derivan de la bifurcación del artículo 81 en dos apartados. Como ha señalado B. HAWK, “*no existen distintas teorías económicas aplicables separadamente a los artículos 81.1, 81.3 y 82*”¹⁶³, por lo que no tiene sentido insistir en

¹⁶¹ M. SIRAGUSA (*Eur. Comp. L. Ann.* 1997, p. 547) tras poner de manifiesto los inconvenientes de la interpretación estricta que hacía la Comisión del artículo 81.1 TCE, señala que es posible dar un giro a la situación sin necesidad de modificar el Tratado CE o el Reglamento 17, pues basta que la Comisión adopte gradualmente “*una evaluación económica de los acuerdos en sede del artículo 85.1, en lugar del artículo 85.3 (hoy art. 81)*”.

¹⁶² Vid. B. HAWK (*CML Rev.*, vol. 32, 1995, p. 987-88), quien sostiene que, una vez realizado el análisis económico de las conductas bajo el artículo 81.1, “*las políticas distintas de la competencia operarían en sede del artículo 85.3 (hoy 81.3), tales como las políticas medioambientales y los intereses de política industrial que pueden justificar una exención*”.

¹⁶³ B. HAWK, *CML Rev.*, vol. 32, 1995, p. 975.

la conveniencia de analizar los efectos positivos y negativos de los acuerdos de manera aislada¹⁶⁴. En segundo término, la regla de *lo razonable* permite a las empresas realizar acuerdos de colaboración sin tener que someterlos al trámite de autorización singular por el mero hecho de incluir algunas cláusulas restrictivas. Basta un análisis de las circunstancias que rodean a la cooperación empresarial y de sus efectos sobre el mercado para concluir que los acuerdos no infringen el artículo 81.1 CE y, por tanto, no deben ser notificados¹⁶⁵. Finalmente, la *rule of reason* favorece la aplicación descentralizada del Derecho de la competencia comunitario ya que los tribunales y autoridades *antitrust* nacionales son competentes para analizar los acuerdos empresariales en su conjunto, sin tener que esperar necesariamente a que la Comisión se pronuncie sobre las condiciones de exención¹⁶⁶.

Por el contrario, quienes se oponen a la adopción de la *regla de lo razonable* advierten, entre otras razones, de los riesgos que supone tratar de trasponer un sistema de aplicación del artículo 81 que proviene de un sistema legal diferente¹⁶⁷. Además, se ha criticado la *rule of reason* porque se entiende que la falta de concreción de la que adolece la citada regla en la jurisprudencia norteamericana desaconseja su adopción por

¹⁶⁴ En este sentido, MATSUSHITA pone de relieve las incongruencias que se derivan de la estructura del artículo 81 al señalar que “un acuerdo incluido en el artículo 81.3 es aquel que no permite a las partes eliminar la competencia respecto de una parte substancial de los productos afectados (...) si un acuerdo no elimina substancialmente la competencia en el mercado, ¿porqué entonces ha sido considerado inicialmente ilegal según el artículo 81.1?”.

¹⁶⁵ Vid. M. SIRAGUSA, [1997] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 277.

¹⁶⁶ El profesor KOVAR (*RTDE*, vol. 23, 1987, p. 252) afirma que “una ampliación del ámbito de aplicación de la regla de lo razonable bajo la forma de balance competencial (...) favorecería sin duda una mayor descentralización de la aplicación del Derecho de la competencia comunitario (...) las instituciones nacionales (...), al ser competentes para aplicar el artículo 85.1 (hoy 81.1), tendrían que llevar a cabo ese balance. En este contexto, el recurso al método de la regla de lo razonable permitiría atenuar la centralización”. Para una visión crítica de la pretendida descentralización resultante de la regla de lo razonable, vid. D. FASQUELLE, *Droit américain et droit communautaire*, p. 132 y ss.

¹⁶⁷ Como señala STEINDORFF (*CML Rev.*, vol. 21, 1984, p. 640), “quienes apelen a la *rule of reason* ante los tribunales nacionales de los Estados europeos, deberán tener en cuenta que (...) les estarán haciendo navegar por aguas desconocidas”.

el Derecho comunitario¹⁶⁸. Finalmente, el argumento de mayor calado en contra de la regla son aquellos vinculados a la estructura del artículo 81, puesto que se considera que la aplicación de la regla de lo razonable en sede del apartado primero vaciaría de contenido al apartado tercero del mencionado precepto¹⁶⁹.

En relación con esta polémica, ha de señalarse que la Comisión ha descartado formalmente la opción de la *rule of reason* como criterio que guíe la reforma del procedimiento de aplicación de las normas de competencia que se ha iniciado con la publicación del Libro Blanco. Por una parte, la Comisión sostiene que el análisis sistemático, en el artículo 81.1, de los aspectos pro y anticompetitivos de los acuerdos conduciría a vaciar de sustancia el artículo 81.3, modificación que sólo una revisión del Tratado podría realizar. Por otra, se considera que la propuesta de la *rule of reason* entrañaría un cambio del objeto del artículo 81.3, pues su función no es permitir exenciones basadas en consideraciones políticas, sino simplemente proporcionar un *marco jurídico para la valoración económica de los acuerdos*¹⁷⁰.

En todo caso, es importante señalar que a esta corriente doctrinal se debe, en buena medida, el mérito de haber creado —como se expone a continuación— una opinión

¹⁶⁸ Al respecto, BRIGHT ([1994] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 525) sostiene que “la transposición de lo que es un concepto norteamericano mal definido al Derecho comunitario sólo interesa a quienes desean la convergencia entre el Derecho antitrust de la CE y de los EEUU”. Acerca de los múltiples significados de la regla vid. O. BLACK, *ECLR*, vol. 18, 1997, p. 145 y ss.

¹⁶⁹ H. SCHRÖETER ([1987] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 664.) señala que la estructura del artículo 81 TCE “hace imposible en Derecho comunitario juzgar los casos de cárteles usando los mismos métodos de análisis que en los Estados Unidos”. En la misma línea, WHISH y SUFRIN ([1987] *Yearbook Eur. Integ.*, vol. 7, 1988, p. 8) sostienen que, sin negar la necesidad de adoptar un análisis más económico de las conductas, lo que debe cuestionarse con el debate sobre la *rule of reason* es si “el extenso análisis emprendido por los tribunales americanos cuando aplican la *rule of reason* debe llevarse a cabo cuando se aplica el artículo 85.1 (hoy 81.1): cabe defender que la existencia del artículo 85.3 aconseja que los casos más complejos sean examinados mejor de acuerdo con el procedimiento de exención”. Por ello, se afirma que “de alguna manera, el artículo 85.3 es nuestra *rule of reason*” (P. SUTHERLAND, *St. Louis U. L. J.*, vol. 30, 1985, p. 156). Igualmente, HOLLEY ([1992] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 690) estima que resulta comprensible que las autoridades comunitarias se mostrasen desde el principio reacias a aceptar “un concepto americano que a primera vista resulta incompatible con la estructura de autorización del artículo 85 (hoy 81)”. Vid., asimismo, J. FAULL, *ECLR*, vol. 5, 1984, p. 363-64.

¹⁷⁰ Párrafos 56 y 57 del Libro Blanco.

favorable sobre el análisis económico de las conductas en el seno de los servicios de competencia comunitarios¹⁷¹.

2.1.3 Presente y futuro del artículo 81 CE

El Derecho de la competencia comunitario sobre acuerdos restrictivos se haya en la actualidad sometido a una profunda revisión que afecta tanto a las normas que desarrollan el artículo 81 del Tratado, como al *case-law* de los tribunales comunitarios. Por una parte, la Comisión ha emprendido una profunda reforma de la normativa que desarrolla el artículo 81 y que se concreta en dos hitos fundamentales: 1) la publicación de una propuesta de reglamento de aplicación de los artículos 81 y 82 CE que vendría a sustituir al anticuado Reglamento 17/62; y 2) la aprobación de nuevos reglamentos de exención por categorías más acordes con el método de análisis económico imperante en la actualidad. Por otra, el análisis de las últimas sentencias de los tribunales comunitarios pone de relieve el definitivo abandono de las tesis formalistas tradicionales y su sustitución por una interpretación más económica de los efectos de las conductas sobre el mercado.

A. Reforma legislativa

En efecto, el actual proceso de transformación que experimenta el Derecho de la competencia comunitario en materia de acuerdos empresariales es el resultado de la amplia revisión emprendida por la Comisión de la normativa que desarrolla los artículos 81 y 82 del Tratado, tanto en el plano formal como material¹⁷². Con respecto al primero,

¹⁷¹ D. HILDEBRAND (*The role of economic analysis*, p. 236) sostiene al respecto que “la verdadera ventaja de estas provocadoras declaraciones reside en que la Comisión y el Tribunal de Justicia están motivados para considerar una mayor utilización de los conceptos económicos en el artículo 85.1 (hoy 81.1)”.

¹⁷² Después de años de duras críticas, ha sido la propia Comisión quien ha emprendido una reforma substancial de su política de la competencia. En este sentido, B. HAWK (*GCR*, 1999, p. 122) subraya la importancia que tiene este hecho y lo compara con lo que generalmente ocurre en otros ámbitos de la vida. Así, sostiene que mientras que las grandes reformas en el plano religioso fueron promovidas por

la Comisión ha presentado una propuesta de reglamento que pretende modificar el régimen de aplicación de los artículos 81 y 82 contenido en el Reglamento 17/62 y que lleva ya en vigor casi cuarenta años¹⁷³. Básicamente, la iniciativa pretende abandonar el sistema de autorización previa, para pasar a un sistema de control *a posteriori* descentralizado. Dicha modificación procedimental tiene como complemento indispensable una revisión de las normas substantivas que ya ha sido completada por la Comisión, mediante la aprobación de nuevos reglamentos de exención en materia de acuerdos verticales y horizontales. Las recientes disposiciones de exención por categorías pretenden adaptar el Derecho substantivo a la simplificación del procedimiento proyectada, al tiempo que reflejan la actual perspectiva más económica de las restricciones de la competencia adoptada por la Comisión¹⁷⁴. En las páginas siguientes se realizan unas breves consideraciones acerca de las reformas emprendidas que, como decimos, afectan tanto al plano formal como al material.

a) El proyecto de reglamento de aplicación de los artículos 81 y 82 CE

Desde una perspectiva formal, en septiembre de 2000 la Comisión aprobó una ambiciosa propuesta de reglamento destinado a *modernizar* las normas de aplicación los artículos 81 y 82 del Tratado CE¹⁷⁵. La iniciativa introduce dos modificaciones de enorme calado que, de ser aprobadas, supondrán un cambio substancial en el mecanismo

subordinados escépticos como Lutero, la reforma de la competencia está siendo dirigida por los Papas de la materia (entonces Van Miert y Schaub).

¹⁷³ El hecho de que en un sector tan cambiante como el Derecho de la competencia, existan normas en vigor por un plazo de tiempo tan duradero constituye "*un fenómeno en sí mismo*", D. WOLF, [1997] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 365.

¹⁷⁴ Vid. la conferencia pronunciada en junio de 2000 por el comisario MONTI ante la Sección Antitrust de la *American Bar Association*, (*An European competition policy*, s/p).

¹⁷⁵ Propuesta de Reglamento del Consejo, de 27 de septiembre de 2000, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) núm. 1017/68, (CEE) núm. 2988/74, (CEE) núm. 4056/86 y (CEE) núm. 3975/87, COM (2000) 582 final.

de aplicación del artículo 81¹⁷⁶. Por una parte, el proyecto elimina la obligación de notificar los acuerdos restrictivos¹⁷⁷. Según el régimen actualmente vigente, los acuerdos restrictivos sólo son válidos –tienen fuerza legal ante un tribunal ordinario– cuando se notifican a la Comisión y ésta les concede una exención; de prosperar el proyecto, se entenderá que los acuerdos que cumplen las condiciones del artículo 81.3 CE son *ab initio* válidos y aplicables sin que sea necesaria una resolución administrativa al respecto. Por otra parte, la propuesta otorga a los tribunales y autoridades de competencia nacionales la facultad de aplicar el artículo 81 en su conjunto¹⁷⁸; es decir, cada vez que aplican el apartado primero deben decidir también si se dan las condiciones de exención del apartado tercero; por el contrario, el sistema actual reserva únicamente a la Comisión la competencia para conceder exenciones.

Aunque la reforma proyectada por la Comisión ha sido, en términos generales, bien recibida por la doctrina¹⁷⁹, las dos grandes preocupaciones que suscita, giran en torno a la posibilidad de que genere inseguridad jurídica entre las empresas y al riesgo de que pueda perjudicar la aplicación uniforme del Derecho de la competencia

¹⁷⁶ La Comisión entiende que el proyecto constituye “la iniciativa legislativa más importante desde la aprobación del Reglamento sobre operaciones de concentraciones en 1989” (XXX Informe sobre la política de competencia [2000], p. 16), si bien entendemos con MARTÍNEZ LAGE (GJCE, núm. 210, 2000, p. 3) que la autoridad de competencia comunitaria peca de modesta, pues de prosperar se trataría de la reforma más ambiciosa desde la aprobación del Reglamento 17/62 hace más de treinta y cinco años. Por otro lado, es preciso advertir que la propuesta de reglamento contempla otras reformas substanciales – como puede ser la relación de los artículos 81 y 82 TCE con las normas nacionales de competencia, o la ampliación de los poderes de investigación de la Comisión– a las que, pese a su indudable interés, no vamos a hacer referencia dado que exceden el ámbito de este trabajo.

¹⁷⁷ Artículo 1 de la Propuesta de Reglamento.

¹⁷⁸ Artículos 5 y 6 de la Propuesta de Reglamento.

¹⁷⁹ “Comparada con la actual situación según el Reglamento 17, la nueva regulación propuesta por la Comisión tiene el mérito de permitir que cada actor desempeñe precisamente la tarea que responde a su ventaja comparativa. El resultado deberá ser un sistema de aplicación de los artículos 81 y 82 más eficiente, a un coste menor. La empresas se ahorrarán los costes de notificar (...) La aplicación del Derecho comunitario por las autoridades de competencia de los Estados miembros ya no se verá perjudicada por el monopolio para conceder autorizaciones de la Comisión. La Comisión será libre para dedicar más recursos a su función principal de detectar y sancionar las infracciones antitrust más graves”, W. WILS, [2000] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 362.

comunitario¹⁸⁰. Sobre el primer argumento, los críticos afirman que la eliminación de la notificación previa crea inseguridad entre las empresas porque tienen que decidir por sí mismas sobre la legalidad *antitrust* de sus acciones. Sin embargo, ha de señalarse que el sistema de notificación previa no otorgaba la confianza que se le presuponía sino que, más bien, era fuente de incertidumbre debido al retraso con el que se tramitaban las solicitudes y las dificultades para obtener una decisión formal, por lo que su eliminación no entraña un perjuicio serio para las empresas¹⁸¹. Es más, en la medida en que la eliminación del sistema de notificación previa supone también la abolición de la presunción de nulidad de los acuerdos restrictivos, esta medida constituye una considerable fuente de seguridad jurídica para las empresas¹⁸².

En relación con esta cuestión, hay que tener en cuenta además que el problema de la falta de certidumbre que pudiera crear la ausencia de notificación previa se ve agravado por el empleo en la actualidad del método del análisis económico de las conductas. Cuanto mayor es el rigor económico empleado, mejor será la apreciación de las consecuencias de las conductas sobre el mercado, pero también será más difícil establecer normas generales aplicables en abstracto¹⁸³. Esta cuestión sin duda exige

¹⁸⁰ Vid., entre otros, A. PAPPALARDO, [2000] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 366-367.

¹⁸¹ El profesor G. TESAURO (*Eur. Comp. L. Ann.* 2000, p. 265) señala, en defensa del proyecto de reforma, que “*aunque en teoría un sistema basado en la notificación y autorización (de los acuerdos) parece más conveniente para garantizar la seguridad jurídica de las empresas, es un hecho que, en la actualidad, la Comisión sólo en raras ocasiones adopta decisiones de exención formales y las empresas han de contentarse con cartas de conformidad no vinculantes. Así las cosas, el sistema actual no garantiza una seguridad jurídica fuerte*”. En todo caso, algunos autores partidarios de adoptar un sistema de excepción legal como el que propone el proyecto, plantean la conveniencia de mantener un mecanismo de notificación voluntaria para las empresas que deseen solicitar la opinión de la Comisión respecto de alguno de sus acuerdos. Vid. M. SIRAGUSA, [1999] *Fordham Corp. L. Inst.*, s/p.

¹⁸² Vid. B. HAWK/ N. DENAEIJER, *Eur. Comp. L. Ann.* 2000, p. 129; y J. VENIT, *Eur. Comp. L. Ann.* 1997, p. 575.

¹⁸³ “*El cambio a una aplicación basada en los efectos económicos implicará la necesidad de evaluar complicadas cuestiones económicas en las que es difícil extraer principios generales entre los distintos casos a pesar de sus aparentes similitudes. Ello plantea la cuestión de dilucidar cómo las empresas van a determinar si sus acuerdos infringen la ley*”, S. BISHOP, *Eur. Comp. L. Ann.* 2000, p. 58. En esta línea, B. HAWK/ N. DENAEIJER (*Eur. Comp. L. Ann.* 2000, p. 130) sostienen que “*cuanto más económica sea la interpretación de los artículos 81 y 82, mayor será la incertidumbre que uno habrá de aceptar con el fin de tener una interpretación económicamente razonable de las normas*”.

reforzar los mecanismos que permitan a las empresas conocer los principios generales que guían la actuación de las autoridades *antitrust*, pero sin desconocer que las ventajas en términos de correcta aplicación de las normas *antitrust* que supone el análisis económico, necesariamente conlleva el inconveniente de complicar la elaboración de reglas generales válidas con carácter universal¹⁸⁴.

Sobre la segunda de las preocupaciones anunciadas, resulta evidente que la aplicación descentralizada del artículo 81 puede dar lugar a decisiones incoherentes entre los distintos órganos encargados de llevarla a cabo¹⁸⁵. No obstante, esta idea no suele usarse como un argumento contra la reforma, sino más bien como una advertencia sobre la necesidad de adoptar medidas que garanticen la aplicación uniforme de las normas del Tratado¹⁸⁶. En este sentido, el proyecto de reglamento de aplicación establece ciertos mecanismos adicionales para garantizar la homogeneidad, como pueden ser la publicación de exenciones por categorías y decisiones de inaplicación; la concesión a la Comisión de la facultad de reservarse para sí ciertos asuntos (artículo 11.6); la imposición de obligaciones de cooperación entre las distintas autoridades (artículos 11 y 12); o la posibilidad de que los servicios de competencia comunitarios se

¹⁸⁴ Al respecto, B. HAWK/ N. DENAEIJER (*Eur. Comp. L. Ann. 2000*, p. 137) sostienen que “los juristas estadounidenses aceptan más fácilmente el mayor grado de inseguridad jurídica que se deriva de la introducción de consideraciones económicas en el Derecho antitrust”. En este sentido, I. FORRESTER (*Eur. Comp. L. Ann. 2000*, p. 103) señala que conviene desmitificar la cuestión de la seguridad jurídica pues un cierto grado de inseguridad es algo consustancial a la actividad económica en el mercado. Por ello, las empresas “aceptan una cierta reducción de la seguridad jurídica sobre sus negocios sin encontrarlo preocupante”.

¹⁸⁵ El Derecho comunitario de la competencia será aplicado por instituciones diversas que, como afirman P. MAVROIDIS y D. NEVEN (*Eur. Comp. L. Ann. 2000*, p. 207), en muchos casos, carecerán de incentivos para velar por los intereses de otros Estados miembros o de la Comunidad en su conjunto,

¹⁸⁶ M. MATSUSHITA (*Eur. Comp. L. Ann. 2000*, p. 202-03) señala que la introducción de un sistema de control *ex post* por parte de la Comisión y las autoridades nacionales implica el riesgo de que se produzcan decisiones diferentes ante situaciones similares. Sin embargo, esta situación también se da en otros países —como Estados Unidos o Japón— y no representa un problema insoluble siempre que exista un organismo que emita la decisión final (el Tribunal Supremo en el caso norteamericano y el Tribunal de Justicia en el comunitario). Además, siguiendo con las tesis del citado autor, existen ciertas medidas que pueden minimizar dicho inconveniente, como puede ser la publicación de reglamentos de exención y de directrices sectoriales. En todo caso, el éxito de la emprendida *modernización* del Derecho de la competencia también dependerá de que se desarrolle una *cultura de competencia común* en la Comunidad, MERSING ([1999] *Fordham Corp. L. Inst.*, s/p).

personen en los procedimientos judiciales nacionales presentando observaciones (artículo 15)¹⁸⁷.

b) Los nuevos reglamentos de exención por categorías

En el plano material, la Comisión ha efectuado una profunda revisión de las normas aplicables a los acuerdos empresariales con el doble objetivo de simplificar su comprensión por los operadores económicos y adaptarlas a la actual postura de la Comisión en favor de una interpretación más económica de las conductas. En materia de acuerdos verticales, la Comisión ha aprobado un reglamento de exención por categorías¹⁸⁸ y unas directrices sobre distribución¹⁸⁹. En el caso de las restricciones horizontales, la Comisión ha revisado sus reglamentos de exención aplicables a los acuerdos de investigación y desarrollo¹⁹⁰ y de especialización¹⁹¹. Asimismo, estos reglamentos se complementan con unas directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal¹⁹².

Las reformas emprendidas ponen de manifiesto la aceptación por la Comisión del análisis económico como el criterio que ha guiar la aplicación del Derecho *antitrust*

¹⁸⁷ *Vid.*, con carácter general, el capítulo IV del proyecto de reglamento de aplicación dedicado a la "Cooperación con las autoridades y órganos jurisdiccionales nacionales". Para un análisis crítico de las medidas propuestas *vid.* S. BISHOP, *Eur. Comp. L. Ann.* 2000, p. 59 y ss.

¹⁸⁸ Reglamento (CE) núm. 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, DOCE L 336/21, de 29 de diciembre de 1999.

¹⁸⁹ Directrices (2000/C 291/01) relativas a las restricciones verticales, DOCE C 291/1, de 13 de octubre de 2000.

¹⁹⁰ Reglamento (CE) núm. 2658/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización, DOCE L 304/3, de 5 de diciembre de 2000.

¹⁹¹ Reglamento (CE) núm. 2659/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo, DOCE L 304/7, de 5 de diciembre de 2000.

¹⁹² Directrices (2001/C 3/02) sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal, DOCE C 3/2, de 6 de enero de 2001.

a los acuerdos entre empresas¹⁹³. Se entiende que un acuerdo es restrictivo cuando tiene o puede tener por efecto reducir la competencia en el mercado hasta el punto de afectar negativamente a los precios, la producción o la innovación de los bienes y servicios. Por lo tanto, la colaboración empresarial debe ser examinada en su contexto económico, teniendo en cuenta tanto la naturaleza de los acuerdos, como el poder de mercado de las empresas afectadas por el acuerdo¹⁹⁴.

De acuerdo con esta visión más económica, los nuevos reglamentos de exención recurren a la noción de poder de mercado como criterio que permite excluir *a priori* la existencia de una restricción de la competencia. Así, se presume que los acuerdos entre empresas con una cuota de mercado inferior al 35 % (acuerdo vertical) o al 20-25 % (horizontal) no entrañan un riesgo para el libre mercado. A pesar de que se mantienen las *lista negras* de acuerdos ilegales, las nuevas disposiciones pretenden garantizar el abandono de las tesis formalistas mediante la redacción de las cláusulas restrictivas en términos más reducidos y, en todo caso, orientados a los efectos en el mercado de las conductas.

Aunque no existen dudas sobre la aceptación por la Comisión del método del análisis económico como punto de partida para la aplicación del Derecho de la competencia comunitario *moderno*, lo cierto es que la plasmación práctica del principio en los nuevos reglamentos de exención ha sido recibida con escepticismo por un sector

¹⁹³ La nota de prensa publicada con motivo de la publicación de las Directrices que complementan el Reglamento de exención para acuerdos verticales así lo afirmaba: "*las nuevas normas suponen un cambio del planteamiento normativo formalista subyacente en la antigua legislación, hacia un planteamiento más económico en la evaluación de los acuerdos verticales bajo las reglas de competencia de la UE*", IP/00/520, de 24 de mayo de 2000. Las máximas autoridades de competencia en la Comunidad se han pronunciado en numerosas ocasiones en términos parecidos. Así, por ejemplo, el comisario MONTI ha señalado que "*la Comisión está abandonando sus actuales reglamentos de exención basados en la forma (de los acuerdos) en favor de reglamentos basados en el efecto económico*" (*Eur. Comp. L. Ann.* 2000, p. 9); por su parte, el director general SCHAUB estima que esta normativa pretende "*un cambio de la actual posición legalista basada en requerimientos formales y normas sectoriales, a un sistema basado en los efectos económicos que afecta prácticamente a todos los sectores (...)*" ([1998] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 143).

¹⁹⁴ Vid. J. LÜCKING, *CPNewsl.*, 2000, p. 43.

de la doctrina. Básicamente, se entiende –a nuestro juicio, acertadamente– que las nuevas disposiciones continúan adoleciendo, en parte, del rigor formalista que caracterizaba a las anteriores regulaciones y que, en todo caso, los cambios llevados a cabo en el plano material resultan insuficientes si se comparan con la ambiciosa reforma proyectada para las normas de aplicación¹⁹⁵.

B. El *case-law* de los tribunales comunitarios

La actual *modernización* del Derecho de la competencia comunitario se sustenta, asimismo, en la última jurisprudencia de los tribunales comunitarios en cuya virtud se entiende, ya sin ningún género de dudas, que el análisis económico constituye el método de aplicación por excelencia del artículo 81.1 CE. De este modo, hoy los tribunales comunitarios estiman que no basta analizar la existencia de cláusulas restrictivas en los acuerdos empresariales para concluir que existe una infracción de la competencia sino que, antes al contrario, es preciso determinar cual será el efecto en el mercado de los acuerdos que limitan de alguna manera la libertad de actuación de las partes contratantes¹⁹⁶. A esta conclusión se llega si se observan las dos conocidas sentencias del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia en los casos *Delimitis* y *European Night Services*.

En *Delimitis* (1991), el TJCE rechazó que, como pretendía la Comisión, la existencia de una obligación de compra exclusiva bastase para concluir automáticamente que se había infringido el artículo 81.1 CE¹⁹⁷. Por el contrario, la sentencia afirma que es necesario examinar las condiciones en las que alcanzó el acuerdo para poder determinar

¹⁹⁵ Vid. al respecto, en la doctrina comunitaria M. GRIFFITHS (*ECLR*, vol. 21, 2000, p. 245) y en la española F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (*ADI*, vol. 20, 1999, p. 1471).

¹⁹⁶ Vid. J. FAULL/A. NIKPAY, *The EC law of competition*, p. 93.

¹⁹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de febrero de 1991, asunto 234/89–*Delimitis v. Henninger Bräu AG*, Rec. 1991, p. I-935 y ss.

si éste puede perjudicar el acceso al mercado de nuevas empresas¹⁹⁸. Asimismo, en *European Night Services* (1998), el Tribunal de Primera Instancia confirmó esta tesis al revocar una decisión de la Comisión por no haber valorado correctamente las circunstancias económicas y legales que rodeaban a los acuerdos declarados ilegales en primera instancia¹⁹⁹. La sentencia sostiene que la valoración de los acuerdos según el artículo 81.1 CE exige examinar *el marco concreto* en el que los acuerdos producen sus efectos²⁰⁰.

En relación con esta cuestión, interesa destacar que, como consecuencia de la confirmación del método económico, se observa en la actual jurisprudencia comunitaria una aproximación a las categorías de análisis tradicionales empleadas por la jurisprudencia norteamericana: las reglas *per se* y *de lo razonable*. En este sentido, ha de recordarse que existía una jurisprudencia clásica que consideraba que la expresión “*objeto o efecto*” del artículo 81.1 CE debía interpretarse como una disyuntiva que permitía incluir en el precepto tanto los acuerdos que por sí mismos eran anticompetitivos, como aquellos que pudieran no serlo, pero del análisis de sus efectos cabía concluir que resultaban contrarios al libre mercado²⁰¹. La aceptación del método económico ha otorgado a esta distinción tradicional un relieve antes desconocido, pues mientras que previamente la inclusión en una u otra categoría no entrañaba substanciales diferencias en el método de análisis a emplear —en ambos casos, basado en el contenido

¹⁹⁸ Vid. V. KORAH, *CLP*, vol. 39, 1986, p. 94-95.

¹⁹⁹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de septiembre de 1998, asuntos acumulados T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94—*European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) y Société nationale des chemins de fer français (SNCF) v. Comisión*, Rec. 1998, p. II-3141 y ss.

²⁰⁰ Vid. el párrafo 136 de la sentencia.

²⁰¹ Así, la sentencia *Consten & Grundig* (Rec. 1966, p. 299) declara que “a los efectos de aplicar el artículo 85.1 (hoy artículo 81.1), no es necesario tomar en consideración los efectos particulares de un acuerdo cuando resulte que tiene por objeto impedir, restringir o falsear la competencia”. Sin embargo, cuando “el análisis de las cláusulas del acuerdo no revela que el efecto sobre la competencia sea suficientemente perjudicial” entra en juego la segunda categoría pues “deben entonces considerarse las consecuencias del acuerdo y para que éste pueda estar incluido en la prohibición, es preciso concluir que las circunstancias demuestran que la competencia ha sido de hecho impedida o restringida de manera apreciable”, *Société La Technique Minière*, Rec. 1966, p. 249.

de las cláusulas contractuales— hoy de la inclusión en una u otra categoría dependerá la posibilidad de condenarla sin más (restricción por objeto) o la necesidad de realizar un análisis de los efectos de la conducta en el mercado (restricción por efecto)²⁰². En estos términos, la similitud entre las categorías comunitarias y norteamericanas resulta evidente²⁰³.

Para ilustrar este argumento interesa reproducir el párrafo 136 de la sentencia *European Night Services* en la que el Tribunal de Primera Instancia está muy cerca de reconocer la dicotomía *per se/rule of reason* de la jurisprudencia norteamericana:

“La valoración de un acuerdo con arreglo al apartado 1 del artículo 85 (hoy 81) del Tratado debe tener en cuenta el marco concreto en el que produce sus efectos y, en particular, el contexto económico y jurídico en el que operan las empresas afectadas, la naturaleza de los servicios contemplados en dicho acuerdo y la estructura y condiciones reales de funcionamiento del mercado afectado (...), a menos que se trate de un acuerdo que suponga restricciones evidentes de la competencia como la fijación de precios, el reparto del mercado o el control de la demanda (...) en este último caso, tales restricciones pueden compararse con los efectos supuestamente favorables a la competencia únicamente en el marco del apartado 3 del artículo 85 del Tratado, con vistas a la concesión de una exención de la prohibición contenida en el apartado 1 del mismo artículo”.

En todo caso, como se deriva de la lectura del citado párrafo, la principal diferencia que subsiste entre el sistema norteamericano y el comunitario radica en que, a este lado del Atlántico, existe la posibilidad —más teórica que real— de que los acuerdos

²⁰² “La conclusión de que un acuerdo tiene por objeto restringir la competencia elimina la necesidad de considerar los efectos de la conducta. Ello permite adoptar una decisión sin aplicar el controvertido método de la *rule of reason*”, O. ODULU, *ELR*, vol. 26, 2001, p. 60.

²⁰³ En este sentido, HAWK y DENAIJER (*The modernisation*, p. 48) afirman que “la extraordinariamente bien fundamentada sentencia del Tribunal de Primera Instancia en (el caso) *European Night Services* ha estado muy cerca de dividir el artículo 81 entre ilícitos *per se* y *no per se*”.

que tienen por objeto restringir la competencia puedan beneficiarse de una exención *ex* artículo 81.3, alternativa que no se contempla en el caso de los acuerdos ilegales *per se*²⁰⁴.

La distinción entre conductas *per se* y no *per se* ilegales también se pone de relieve en la nueva política de la Comisión respecto de acuerdos entre empresas rivales. Al respecto, las nuevas Directrices sobre restricciones horizontales, sin nombrar expresamente las reglas norteamericanas, establecen que ciertos tipos de conductas pueden ser declaradas ilegales inmediatamente, sin necesidad de investigar sus efectos sobre el mercado²⁰⁵. Además, las directrices exigen contraponer las consecuencias positivas de los acuerdos frente a sus efectos anticompetitivos en sede del artículo 81.3 y también, aunque de manera más limitada, cuando se trata de aplicar el artículo 81.1, por lo que las *guidelines* están también cerca de reconocer una *rule of reason* en el ámbito comunitario²⁰⁶.

En todo caso, a nuestro juicio la distinción entre restricciones *por objeto* y *por efecto* no ha de verse como dos compartimentos estancos sino que, como demuestra la experiencia norteamericana, simplemente hace referencia a los distintos grados de prueba que se exigen en función del tipo de restricción considerada; cuanto mayor sea *a priori* el carácter restrictivo del convenio investigado, menor será la carga probatoria

²⁰⁴ Vid. J. JONES/ B. SUFRIN, *EC competition law*, p. 147; y R. WHISH, *Competition Law*, p. 95.

²⁰⁵ "En algunos casos, la naturaleza de una cooperación hace que el apartado 1 del artículo 81 sea aplicable inmediatamente. Se trata de los acuerdos cuyo objeto es eliminar la competencia fijando precios, limitando la producción o repartiéndose los mercados o la clientela. Se presume que estas restricciones producen efectos negativos sobre el mercado (...) Sin embargo, muchos acuerdos de cooperación no tienen como objeto la restricción de la competencia. Por tanto, es preciso analizar los efectos del acuerdo", párrafos 17 y 18 de las Directrices sobre cooperación horizontal. En opinión de la AMERICAN BAR ASSOCIATION (*Comments on the Draft Rules*, p. 3), de la lectura de estos párrafos cabe concluir que "hoy está claro que el análisis *per se* se aplica tanto en la Unión Europea como en los Estados Unidos".

²⁰⁶ Vid. AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Comments on the Draft Rules*, p. 3.

que deberá presentar la parte demandante para obtener una resolución condenatoria del mismo²⁰⁷.

2.1.4 Otros preceptos *antitrust*

A. Abuso de posición dominante

El artículo 82 prohíbe la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado común²⁰⁸. Por lo tanto, el mencionado precepto requiere la concurrencia de dos elementos: de un lado, que la empresa ostente una posición dominante en el mercado y, de otro, que haya abusado de dicha situación.

La conducta descrita en el artículo 82 del Tratado CE, equivale a la prohibición de monopolizar el mercado recogida en el artículo 2 de la *Sherman Act*²⁰⁹. A diferencia de su homólogo norteamericano, el citado precepto comunitario no prohíbe los meros intentos de monopolizar el mercado, es decir, la conducta dirigida a controlar un mercado por parte de una empresa que no es todavía un monopolista. Sin embargo, dado que la definición de posición dominante es menos estricta que la de monopolio, en la práctica, la diferencia entre ambos modelos no es tan importante²¹⁰.

²⁰⁷ Vid. *supra* el punto I.1.1.1 del capítulo primero.

²⁰⁸ “Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte substancial del mismo (...)”, artículo 82 TCE.

²⁰⁹ Como afirma G. ADAMS (*Vand. J. Transnat’l. L.*, vol. 18, p. 2), “la prohibición comunitaria es similar al significado que se ha dado a monopolización en el artículo 2 de la *Sherman Act* pues en ambos casos se requiere poder de mercado y conducta inapropiada”.

²¹⁰ Vid. E. FOX, [1983] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 368. Piénsese en el caso de una empresa que tiene una cuota de mercado del 50%. De acuerdo con la jurisprudencia norteamericana, la citada empresa no tiene, en principio, *monopoly power* dado que se exige una cuota de poder del 80% aproximadamente (*United States v. Aluminium Co. of America* (Alcoa), 148 F.2d 416 [2d Cir. 1945]; *vid.*, al respecto, la interesante tabla de porcentual elaborada por D. M. RAYBOULD/ A. FIRTH, *Law of monopolies*, p. 108). En estas condiciones, la alternativa que se les presenta a las autoridades *antitrust* norteamericanas para perseguir a la empresa de nuestro ejemplo, es proceder según el tipo legal de *attempt to monopolize*. En la

La principal diferencia que existe entre los dos sistemas radica en el tipo de conductas que se consideran abusivas²¹¹. Así, las autoridades comunitarias estiman que las empresas dominantes, por el mero hecho de serlo, tienen una *responsabilidad especial* respecto de sus competidores por lo que están dispuestas a intervenir frente a cualquier desviación de dicha obligación. Por el contrario, en los Estados Unidos las autoridades *antitrust* consideran que los monopolios pueden actuar en el mercado como si fueran empresas pequeñas y que únicamente están prohibidas las conductas predatorias o excluyentes²¹².

B. Concentraciones

El Reglamento 4064/89 del Consejo²¹³ proporcionó a la Comisión un instrumento para controlar las operaciones de concentración que tuviesen repercusiones

Comunidad, la jurisprudencia es menos estricta y estima que basta una cuota de mercado en torno al 50% para entender *a priori* que una empresa detenta una posición dominante (Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, asunto 27/76—*United Brands Co. & United Brands Continental v. Comisión*, Rec. 1978, p. 207 y ss.; y Sentencia de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76—*Hoffman-La Roche & Co. AG v. Comisión*, Rec. 1979, p. 461 y ss.). Por lo tanto, los servicios de competencia de la Comisión también podrían investigar y sancionar a la empresa del ejemplo simplemente acudiendo al artículo 82 CE. Ha de recordarse, no obstante, que la cuota de mercado constituye un factor más a tener en cuenta para determinar la existencia de *monopoly power*/posición dominante por lo que es posible llegar a la misma conclusión cuando el porcentaje del mercado es menor, pero existen otras pruebas que evidencian que la empresa domina el funcionamiento de un mercado. En todo caso, cuanto mayor sea la cuota de mercado, menor será la necesidad de alegar otros factores indicativos de la influencia dominante de la empresa sobre el mercado.

²¹¹ El ilustre juez JOLIET (*Monopolization and abuse of dominant position*, p. 241 y ss.) señala que la principal diferencia entre ambos sistemas no radica en la definición de posición dominante, sino en la determinación de las conductas que se consideran abusivas.

²¹² Básicamente, como afirma la profesora FOX (*Am. J. Int'l. L.*, vol. 91, 1997, p. 12), el Derecho *antitrust* estadounidense establece que “*incluso las empresas dominantes tienen derecho a competir duro aunque con ello se excluya a los competidores. El Derecho de la competencia comunitario, entre otras cosas, protege a las pequeñas y medianas empresas contra exclusiones injustas y tiene un elenco mayor de conductas abusivas*”. Por esta razón, el Derecho *antitrust* comunitario puede aumentar los costes de hacer negocios para las empresas multinacionales en comparación con el mercado norteamericano, E. FOX, *Pac. Rim. L. & Pol'y J.*, vol. 4, p. 13. La rigidez del sistema comunitario ha sido criticada por un sector de la doctrina, *vid.* P. JEBSEN/R. STEVENS, *Antitrust L. J.*, vol. 64, 1996, p. 443 y ss.

²¹³ Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo de 21 de diciembre de 1989 sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, DOCE núm. L 257/13, de 21 de septiembre de 1990; modificado por el Reglamento (CE) núm. 1310/97 del Consejo de 30 de junio de 1997, DOCE núm. L

sobre el comercio comunitario²¹⁴. El Reglamento se aplica de manera exclusiva y excluyente a las concentraciones de *dimensión comunitaria*, por lo que los Estados miembros carecen de competencia para conocer de tales operaciones²¹⁵.

El criterio que guía el examen consiste en determinar si las concentraciones suponen un obstáculo significativo para la competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte substancial del mismo²¹⁶. Básicamente, por posición dominante se entiende aquella situación que permite a las empresas comportarse en el mercado, en buena medida, con independencia de las decisiones de sus competidores²¹⁷. Sin embargo, no basta que la concentración cree una posición dominante sino que, además, es preciso que impida la competencia de manera significativa²¹⁸.

180/1, de 9 de julio de 1997. En la doctrina española *vid.*, con carácter monográfico, E. GARCÍA COSO, *La regulación comunitaria*; J. BRIONES/J. FOLGUERA/A. FONT/E. NAVARRO, *El control de concentraciones*; M. P. BELLO MARTÍN-CRESPO, *Concentración de Empresas*; N. GOÑI URRIZA, *Problemas de aplicabilidad*; y L. M. MIRANDA SERRANO, *Las concentraciones económicas*.

²¹⁴ Con anterioridad a la aprobación del Reglamento 4064/89, la Comisión había tratado de impedir las concentraciones valiéndose de los instrumentos que contempla el Tratado, ya sea el artículo 81 (*vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 1987, asunto 142/84 y 156/84—*BAT & Reynolds v. Comisión*, [caso *Philip Morris*], Rec. 1987, p. 4487 y ss.), o el artículo 82 (*vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, asunto 6/72—*Europemballage & Continental Can v. Comisión*, Rec. 1973, p. 215 y ss.).

²¹⁵ Artículo 22.1 y 2 del Reglamento. Por tanto, en materia de concentraciones no se aplica la teoría de la *doble barrera* en cuya virtud las instituciones comunitarias y nacionales pueden actuar simultáneamente respecto de una misma operación. *Vid.* M. BROBERG, *The Commission's Jurisdiction*, p. 231 y ss.

²¹⁶ Artículo 2.3 del Reglamento.

²¹⁷ La posición dominante es aquella que “permite a las empresas actuar en buena medida independientemente de sus competidores, clientes y, en último término, consumidores” (sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, asunto 27/76—*United Brands Co. & United Brands Continental v. Comisión*, Rec. 1978, p. 207). Además, las empresas dominantes pueden “influir en las condiciones en que se desarrolla la competencia y, en cualquier caso, actuar en buena medida sin tenerla en cuenta siempre que dicha conducta no vaya en su perjuicio” (sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76—*Hoffman-La Roche & Co. AG v. Comisión*, Rec. 1979, p. 461).

²¹⁸ *Vid.* R. CELLI/ M. GRENFELL, *Merger control*, p. 123.

C. Legislaciones de los Estados miembros

Los quince Estados miembros de la Comunidad Europea han aprobado sus propias legislaciones *antitrust* las cuales siguen, en términos generales, el modelo trazado por los preceptos de competencia del Tratado CE²¹⁹.

La delimitación del ámbito de aplicación de las normas de competencia nacionales y comunitarias se guía por la *teoría de la doble barrera*, en cuya virtud el Tribunal de Justicia ha declarado que cabe la aplicación concurrente de los artículos 81 y 82 CE y las legislaciones nacionales en un mismo caso²²⁰. No obstante, el principio de supremacía del Derecho comunitario impide a los ordenamientos nacionales amparar una resolución nacional incompatible con una decisión de la Comisión²²¹.

En términos generales, la coexistencia de las legislaciones nacionales con el Derecho comunitario ha ocasionado históricamente menos conflictos que en el caso de las normas estatales y federales norteamericanas. Ello es debido a que cuando se aprobaron las normas comunitarias, la mayoría de los sistemas de competencia nacionales se encontraban en un estado embrionario, lo cual facilitó su evolución posterior siguiendo las pautas marcadas por las autoridades comunitarias²²².

²¹⁹ Un resumen de las regulaciones nacionales de competencia en la Comunidad Europea puede verse en la obra coordinada por J. MAITLAND-WALKER, *Competition laws of Europe*.

²²⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1963, asunto 14/68—*Walt Wilhelm v. Bundeskartellamt*, Rec. 1969, p. 1 y ss.

²²¹ En particular, la sentencia afirma que “*esta aplicación paralela del sistema nacional sólo puede admitirse en tanto en cuanto no perjudique la aplicación uniforme de las normas comunitarias sobre cárteles en el mercado común*” (pár. 4). El alcance de esta expresión no está del todo claro, aunque la doctrina estima que, en todo caso, impide al Derecho interno autorizar conductas prohibidas por el Derecho comunitario y también que el ordenamiento nacional prohíba conductas autorizada por la Comisión en virtud del artículo 81.3 del Tratado. Vid. K. STOCKMANN, [1987] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 278 y ss. Sobre la práctica de nuestro Tribunal de Defensa de la Competencia, vid. M. ARAUJO BOYD, *Anuario de la Competencia 1998*, p. 166 y ss.

²²² “*Los conflictos han sido históricamente escasos, debido a la ausencia de regímenes antitrust desarrollados en la mayoría de los Estados miembros*”, B. HAWK/ D. VELTROP, *Procedure and Enforcement*, p. 31.

El proyecto de reglamento de aplicación también introduce substanciales novedades en este ámbito ya que pretende acabar con la aplicación concurrente de los ordenamientos nacionales y comunitario. De acuerdo con su artículo 3, cuando un acuerdo pueda afectar al comercio intracomunitario, el Derecho comunitario será el único aplicable²²³.

2.2 Las autoridades competentes para aplicar las normas de competencia comunitarias

La aplicación del Derecho de la competencia comunitario corresponde a una pluralidad de órganos, entre los que desempeña una función preponderante la Comisión Europea, cuyas decisiones son recurribles ante los tribunales comunitarios. Además, las autoridades de competencia nacionales y los tribunales de los Estados miembros son competentes para aplicar los artículos 81.1 y 82 del Tratado si bien, hasta la fecha, el papel desempeñado por las instituciones nacionales ha sido escasamente relevante.

La propuesta de reglamento publicada en septiembre de 2000 entraña una radical reforma del régimen de competencias de aplicación de los artículos 81 y 82 CE al permitir que las autoridades y tribunales nacionales puedan valorar también las condiciones de exención de los acuerdos al amparo del artículo 81.3. Esta medida contribuiría a reforzar la aplicación nacional de las normas de competencia del Tratado, lo cual constituye uno de los pilares de la ambiciosa modernización de las normas de competencia comunitarias actualmente en marcha.

2.2.1 La Comisión

La Comisión constituye la principal autoridad encargada de velar por la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE. Ya hemos visto que el Reglamento

²²³ Ahora bien, la propuesta no reduce el protagonismo de las autoridades nacionales, pues éstas “*aplicarán la normativa comunitaria en todos los casos que afecten al comercio entre los Estados miembros*” (artículo 3 del proyecto).

17/62 concede a la Comisión la competencia exclusiva para autorizar los convenios restrictivos ex artículo 81.3 CE. La autorización de los acuerdos puede hacerse en forma de autorización individual o de reglamento de exención por categorías, los cuales son emitidos gracias a la delegación hecha por el Consejo en la Comisión de la facultad de eximir por vía legislativa ciertas clases de acuerdos empresariales.

La Comisión es un órgano colegiado por lo que sus decisiones formales son adoptadas conjuntamente por los veinte comisarios actuales. No obstante, cuando la Comisión actúa de manera informal, la Dirección General de Competencia toma sus decisiones por sí misma sin necesidad de consultar a los demás comisarios.

En estas condiciones, puede afirmarse que la Comisión desempeña en la Comunidad el papel que en los Estados Unidos les corresponde tanto al Departamento de Justicia como a la *Federal Trade Commission*. Sin embargo, algún autor señala que los medios de que dispone la Comisión para velar por la competencia son más reducidos, no sólo porque cuenta con menores recursos económicos, sino también porque en los Estados Unidos las agencias federales gozan del complemento de las acciones emprendidas por los particulares (aplicación privada), mientras que esta posibilidad apenas se lleva a cabo en Europa²²⁴.

La propuesta de reglamento se fundamenta en la necesidad de descentralizar el régimen de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, lo cual es evidente que afectará también a las funciones del servicio de competencia de la Comisión. En un sistema descentralizado, la Comisión se convertirá en la entidad encargada de velar por la uniformidad del Derecho comunitario de la competencia, para lo cual retendrá su monopolio para elaborar textos legislativos (reglamentos, comunicaciones, directrices,

²²⁴ Vid. I. FORRESTER, [1994] *Fordham. Corp. L. Inst.*, p. 491.

etc.) y conservará sus competencias para adoptar decisiones individuales en aquellos casos que entrañen un riesgo más significativo para la competencia²²⁵.

2.2.2 Los tribunales comunitarios

El Tratado CE atribuía inicialmente las funciones judiciales a un único órgano, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, aunque posteriormente el Acta Única Europea creó un segundo órgano jurisdiccional con la denominación Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas.

El Tribunal de Justicia tiene como misión revisar la legalidad de los actos adoptados por las instituciones comunitarias²²⁶. El Tribunal de Primera Instancia, cuyas decisiones son recurribles en casación ante el TJCE, tiene la misma finalidad, si bien su ámbito competencial es más limitado y se circunscribe básicamente a los asuntos relativos a los funcionarios comunitarios y a los recursos de las personas físicas y jurídicas contra decisiones de la Comisión²²⁷. Al respecto, debe advertirse que el Tratado de Niza prevé que, en el futuro, el Consejo pueda ampliar las competencias del TPI que pasaría, entre otras cosas, a ocuparse también de las cuestiones prejudiciales relativas a determinadas materias²²⁸.

Por lo tanto, en materia de competencia el Tribunal de Primera Instancia desempeña una importante labor como el órgano encargado de conocer de los recursos

²²⁵ *Vid.* Libro Blanco párr. 83-90.

²²⁶ Artículo 230 del Tratado CE.

²²⁷ Dec. 88/591 del Consejo, de 24 de octubre de 1988, DOCE núm. L 319, de 25 de noviembre de 1988 (corrección de errores L 241, de 17 de agosto de 1989, versión consolidada, C 215, de 21 de agosto de 1989). Texto consolidado con las modificaciones introducidas por las Dec. del Consejo de 8 de junio de 1993 y 26 de abril de 1999, DOCE núm. L 144, de 16 de junio de 1993 y L 114, de 1 de mayo de 1999).

²²⁸ *Vid.* la nueva redacción que el Tratado de Niza (que todavía no ha entrado en vigor) dará al artículo 225.3 del Tratado, DOCE Núm. C 80, de 10 de marzo de 2001.

presentados por las empresas disconformes con las decisiones de la Comisión, ya se trate de las entidades destinatarias de la misma, o de aquéllas que puedan acreditar un interés legítimo en la causa²²⁹. En este ámbito, el papel del Tribunal de Justicia es hoy más reducido, pues le corresponde conocer de las cuestiones prejudiciales presentadas por los órganos jurisdiccionales nacionales, así como de los recursos presentados contra las sentencias del TPI²³⁰.

2.2.3 Las autoridades de competencia nacionales

De acuerdo con el régimen actualmente vigente, las autoridades de competencia nacionales son competentes para aplicar los artículos 81.1 y 82 del Tratado. Como consecuencia del exceso de expedientes tramitados en Bruselas, en estos últimos años la Comisión ha tratado de poner en marcha distintos mecanismos de cooperación con las autoridades nacionales, con vistas a que los asuntos que afecten a un solo Estado miembro pudieran ser examinados por las autoridades de aquél país²³¹.

Sin embargo, las autoridades nacionales han continuado aplicando fundamentalmente sus derechos nacionales debido a los inconvenientes que se les presentan cuando examinan los preceptos comunitarios. En concreto, las autoridades nacionales 1) no pueden examinar las condiciones de exención de los acuerdos; 2) tampoco tienen la facultad de imponer multas; y, finalmente, 3) se arriesgan a perder sus competencias sobre los asuntos desde el momento en que la Comisión se decida a abrir un procedimiento²³².

²²⁹ Vid. M. VAN DER WOUDE, [1992] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 621 y s.

²³⁰ Artículos 234 y 225 del Tratado CE.

²³¹ Vid. Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y las autoridades de los Estados miembros en el ámbito de la competencia de los asuntos a los que sean de aplicación los artículos 85 y 86 del Tratado CE, DOCE núm. C313/3, de 15 de octubre de 1997.

²³² Vid. H. P. STOEPHASIUS, *Procedure and Enforcement*, p. 34 y ss.

En los Estados Unidos, las autoridades *antitrust* estatales también son competentes para aplicar tanto sus propias legislaciones, como las normas de competencia federales²³³. Sin embargo, en la Comunidad, con la excepción de Alemania, el papel desempeñado tradicionalmente por las autoridades nacionales ha sido mucho menos relevante que el de la poderosa *National Association of Attorneys General* (NAAG)²³⁴.

El proyecto de reglamento de aplicación también supone una transformación substancial del régimen actualmente vigente en este ámbito, en la medida en que permite a las autoridades nacionales de competencia aplicar el artículo 81 CE en su conjunto. La medida permitirá utilizar mejor los recursos de las autoridades nacionales y la Comisión y demandará la creación de una red de autoridades nacionales que permita el intercambio de las informaciones confidenciales sobre las empresas y el correcto reparto de los asuntos²³⁵.

2.2.4 Los tribunales de los Estados miembros

Los tribunales de los Estados miembros son competentes para aplicar los artículos 81.1 y 82 CE por cuanto se trata de preceptos que gozan de efecto directo²³⁶. Además, los tribunales nacionales han de resolver las reclamaciones de daños y perjuicios presentadas por empresas que se han visto perjudicadas por una práctica contraria a los preceptos de competencia del Tratado²³⁷. Finalmente, los órganos

²³³ Vid. *supra* el punto I.1.2.4 del presente capítulo.

²³⁴ Vid. B. HAWK/ D. VELTROP, *Procedure and Enforcement*, p. 23-24.

²³⁵ Vid. Libro Blanco, párr. 91-98. Como señala, entre otros, H. P. NEHL (*The modernisation*, p. 16 y ss.) el funcionamiento eficaz de una red de autoridades nacionales de competencia no está exento de problemas como la distribución de los asuntos o la creación de mecanismo de colaboración e intercambio de información entre autoridades.

²³⁶ Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 1974, asunto 127/73-BRT v. SABAM, Rec. 1974, p. 51 y ss.

²³⁷ En ausencia de cualquier referencia en la normativa de competencia comunitaria, la indemnización de daños y perjuicios debe substanciarse en el plano nacional ante los tribunales

jurisdiccionales de cada Estado son competentes para declarar la nulidad de las cláusulas contractuales que infringen el artículo 81.1 CE²³⁸.

Además, los tribunales nacionales tienen la facultad de someter al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales acerca de los preceptos del Tratado CE o de la normativa que los desarrolla²³⁹. Las resoluciones dictadas por el TJCE en estos casos se limitan a apreciar cuestiones de Derecho, remitiendo posteriormente el caso a los tribunales nacionales para que adopten una decisión de acuerdo con las circunstancias del caso. Por este motivo, las sentencias que resuelven una cuestión prejudicial resultan menos interesantes desde el punto de vista doctrinal que aquéllas dictadas para resolver un recurso frente a una decisión de la Comisión²⁴⁰.

Los tribunales de cada Estado miembro desempeñan en la Comunidad un papel similar al de los distintos circuitos de tribunales federales en los Estados Unidos, pues a ellos les corresponde la aplicación descentralizada de las normas de competencia del Tratado²⁴¹. No obstante, a diferencia de lo que ocurre en los EEUU donde la aplicación jurisdiccional de la *Sherman Act* resulta un fenómeno muy frecuente, en la Comunidad los artículos 81 y 82 del Tratado son escasamente alegados ante los tribunales de los Estados miembros²⁴². La explicación de este fenómeno reside tanto en la comentada

ordinarios, C. S. KERSE, *EC Antitrust Procedure*, 369-70. En la doctrina española se han ocupado de esta materia sendas monografías de F. L. DE LA VEGA GARCÍA, *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial*; y F. PEÑA LÓPEZ, *La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust*.

²³⁸ Vid. la sentencia *Société Technique Minière*, Rec. 1966, p. 235, p. 250.

²³⁹ Artículo 234 del Tratado.

²⁴⁰ Vid. V. KORAH, *An introductory guide*, p. 24-25.

²⁴¹ En este sentido, no cabe establecer una semejanza entre los tribunales de los Estados miembros y los tribunales estatales norteamericanos, pues es sabido que en los EEUU los órganos jurisdiccionales estatales no pueden tramitar demandas basadas en la *Sherman Act* (vid. *supra* el punto I.1.2.4 del presente capítulo).

²⁴² Ello a pesar de los intentos de la Comisión por facilitar la tarea de los tribunales nacionales, vid. Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE, DOCE núm. C39/06, de 13 de febrero de 1993.

imposibilidad de aplicar el artículo 81 CE en su conjunto, como en las diferencias procesales que se dan entre los Estados miembros y, particularmente, en las divergencias existentes a la hora de valorar la nulidad de pleno derecho del artículo 81.2 y la concesión de una indemnización de daños y perjuicios causados por el ilícito *antitrust*²⁴³.

También en este ámbito la propuesta de reglamento introduce una substancial reforma al permitir que los órganos jurisdiccionales de los Estados puedan valorar si se cumplen las condiciones de exención del artículo 81.3 CE. De prosperar la iniciativa, las empresas denunciadas no podrán suspender los litigios pendientes simplemente mediante la notificación de sus acuerdos y las entidades denunciantes podrán obtener una reparación más eficaz de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta ilegal²⁴⁴.

2.3 Conclusión: la *americanización* del Derecho de la competencia comunitario

A modo de conclusión, ha de señalarse que el proceso de reforma que acabamos de exponer ha contribuido a eliminar buena parte de las diferencias existentes entre el Derecho de la competencia comunitario y el norteamericano, hasta el punto de que hoy puede hablarse de una *americanización* de las normas *antitrust* comunitarias²⁴⁵. Los rasgos más relevantes de este fenómeno son: 1) el paso de un sistema de autorización previa centralizado a uno de excepción legal descentralizado; 2) la aceptación del análisis económico como el principal mecanismo de aplicación de la normativa de

²⁴³ Vid. D. F. HALL, *Procedure and enforcement*, p. 42 y ss.

²⁴⁴ Vid. Libro Blanco, pár. 99-100. Por supuesto, la valoración de todos los presupuestos de aplicación del artículo 81 TCE también entraña graves inconvenientes para los órganos jurisdiccionales por lo que, junto con la uniformización de procedimientos, un sector de la doctrina propone crear tribunales especializados en materia de competencia (de modo similar a los juzgados mercantiles que se pretenden crear en nuestro país) cuyas sentencias fuesen recurribles directamente ante el Tribunal de Primera Instancia. Vid. las consideraciones del Juez del TPI, J. COOKE, *The modernisation*, p. 58 y ss.

²⁴⁵ Al respecto, D. WOLF, ex-presidente del *Bundeskartellamt* afirma que “el modelo de reforma de la Comisión sigue el ejemplo del Derecho antitrust norteamericano”, [1999] *Fordham Corp. L. Inst.*, s/p.

competencia; y 3) la similitud entre las categorías comunitarias *restricciones por objeto* y *por defecto* y las reglas *per se* y *rule of reason* norteamericanas.

En primer lugar, el proyecto de reglamento propone instaurar un sistema de excepción legal, frente al régimen de autorización previa hasta ahora vigente. En estas condiciones, es indudable que el mecanismo de aplicación del artículo 81 CE se asemeja al del artículo 1 de la *Sherman Act*, en cuya virtud se reduce al máximo la intervención administrativa sobre el mercado y se deja a las empresas la responsabilidad de valorar por sí mismas la legalidad *antitrust* de sus acciones.

Además, el cambio a un sistema de excepción legal va acompañado de una radical descentralización de las competencias en materia *antitrust*, en la medida en que el proyecto ha optado por sustituir el sistema de autorización centralizado en la Comisión, por un sistema aplicable por una red de autoridades encargadas de aplicar la normativa de forma descentralizada, bajo la supervisión de una autoridad central. Así las cosas, la propuesta sigue claramente el modelo norteamericano, que se caracteriza por la existencia de una pluralidad de órganos que son competentes para aplicar las normas *antitrust* –tanto en el plano administrativo como judicial– cuyas decisiones son recurribles ante los tribunales de apelación federales y, en última instancia, ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos²⁴⁶.

En segundo término, la modernización de las normas de competencia puesta en marcha por la Comisión, se fundamenta en la conveniencia de basar la aplicación del Derecho de la competencia en los efectos económicos de las conductas en el mercado. Mientras que el tradicional rigor formal de las autoridades comunitarias había provocado que el análisis de numerosas conductas empresariales –como las restricciones verticales– fuese radicalmente distinto a ambos lados del Atlántico, el actual énfasis en

²⁴⁶ Vid. A. L. CALVO CARAVACA/ M. P. CANEDO ARRILLAGA, *Derecho europeo de la competencia*, p. 411; J. M. BENEYTO, *GJCE*, núm. 202, 1999, p. 13; y A. M. TOBÍO RIVAS, *ADI*, vol. 20, 1999, p. 1508.

el análisis económico que se desprende de los nuevos reglamentos de exención, contribuirá a armonizar el enjuiciamiento *antitrust* de numerosas conductas.

Una buena muestra de esta afirmación la encontramos en un reciente estudio presentado por la *American Bar Association* sobre las *guidelines* de la Comisión en materia de colaboración empresarial. De este estudio se desprende que el análisis de los acuerdos horizontales en los EEUU y la CE tiene hoy como común denominador, por una parte, la preocupación por investigar los efectos positivos que se derivan de la cooperación entre entidades y la necesidad de contraponerlos con los posibles efectos negativos y, por otra, la conveniencia de examinar el poder de las empresas en el mercado, ya que es preciso distinguir los supuestos de colaboración empresarial en mercados concentrados y no concentrados²⁴⁷.

Por último, un tercer factor que contribuye a resaltar la proximidad entre los dos ordenamientos *antitrust* es la similitud que existe en la actualidad entre las categorías comunitarias restricciones por *objeto* y por *efecto* y las reglas *per se* y *rule of reason* norteamericanas²⁴⁸. La adopción de similares métodos de análisis es una consecuencia directa de la aceptación del método de análisis económico, el cual exige delimitar los casos en los que es necesario realizar un análisis económico completo de las circunstancias del caso y aquellos en los que cabe presumir que la conducta tiene efectos negativos sobre el mercado. Así lo ha reconocido la jurisprudencia comunitaria que ha estado muy cerca de reconocer indirectamente la existencia de restricciones *per se* y no *per se* en la sentencia *European Night Services*. Lo mismo puede afirmarse de las nuevas Directrices sobre restricciones horizontales, en las que la Comisión admite que

²⁴⁷ Vid. AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Comments on the Draft Rules*, p. 2.

²⁴⁸ Como señala el presidente del Bundeskartellamt, Sr. BÖGE (*Eur. Comp. L. Ann.* 2000, p. 70), "la nueva distinción entre acuerdos que simplemente tienen como efecto restringir la competencia y aquellos en los que la restricción constituye el objeto del acuerdo, es una reminiscencia de la distinción americana entre acuerdos que pueden ser razonables y aquellos que no son razonables *per se*". En este sentido, L. BERENGUER FUSTER, *BLC*, núm. 5, 1998, s/p) destaca "la utilización en el sistema europeo de mecanismos propios del Derecho americano".

es posible prohibir determinadas conductas sin necesidad de investigar sus efectos sobre el mercado.

A nuestro entender, la mencionada tendencia hacia la armonización de los sistemas *antitrust* estadounidense y comunitario refuerza el interés de un estudio como el que proponemos, basado en el análisis de las soluciones planteadas por las doctrinas norteamericana y comunitaria en casos similares.

Tradicionalmente, la doctrina y jurisprudencia norteamericanas ha constituido una interesante fuente de estudio para quienes se dedican a la competencia en Europa pues resulta innegable la influencia que las normas norteamericanas han ejercido en la creación y posterior desarrollo del Derecho comunitario²⁴⁹. Sin embargo, tampoco cabe olvidar que la doctrina viene advirtiendo de los riesgos que entraña la acepción sin más de las tesis norteamericanas, por cuanto se trata de un sistema que parte de objetivos distintos, emplea otra metodología y se ha desarrollado en circunstancias muy diferentes²⁵⁰.

Pues bien, en nuestra opinión, la armonización descrita hace más interesante, si cabe, el análisis comparativo de los regímenes *antitrust* estadounidense y comunitario que hoy comparten o compartirán el interés por el análisis económico de las conductas,

²⁴⁹ Como señala GALÁN CORONA, (*Acuerdos restrictivos*, p. 77), “tras la II Guerra Mundial llega a Europa de la mano del principal aliado el espíritu de la legislación *antitrust* norteamericana, como parte del ideario de los vencedores de restaurar la libertad, cuya expresión económica exige que se eliminen las restricciones a la competencia y las trabas monopolísticas”. Sobre la influencia del Derecho estadounidense en nuestro país vid., entre otros, J. E. SORIANO GARCÍA, *Derecho público de la competencia*, p. 270 y ss.

²⁵⁰ Así, B. HAWK (*ECLR*, vol. 9, 1988, p. 53-54) señala que “el Derecho de la competencia comunitario nació en 1958 de padres trasatlánticos. Su madre europea fue el objetivo básico del Tratado constituido por la integración del mercado. Su padre (o abuelo) fueron las leyes y teorías *antitrust* norteamericanas que influyeron en la redacción de los artículos 85 y 86 (hoy 81 y 82) a través de las ley y doctrina alemanas. El padre norteamericano ha tenido considerablemente menos influencia sobre el crecimiento de su descendencia que la madre”. Por ello, “aunque los EEUU y la CE tienen que afrontar muchas cuestiones jurídicas y económicas similares (...) en muchos casos han llegado a soluciones diferentes”.

la preocupación por la eficiencia económica y el sistema de control *ex post* y descentralizado de las conductas empresariales. En estas condiciones, entendemos que la consulta de los precedentes norteamericanos constituye un presupuesto fundamental a la hora de acometer nuestra investigación, que consiste en el estudio de los inconvenientes que plantean desde la óptica *antitrust* los acuerdos de cooperación interbancaria en materia de precios. Como se verá a continuación, el estudio realizado demuestra que las tesis mayoritarias de la doctrina norteamericana en la materia, han sido posteriormente adoptadas por los servicios de competencia de la Comisión en sus relaciones con las entidades de crédito de la Comunidad.

3. El Derecho de la competencia español

3.1 La Ley de Defensa de la Competencia

3.1.1 El artículo 1 de la LDC

En términos análogos a los del artículo 81 CE, el artículo 1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia prohíbe los acuerdos entre empresas que tienen por objeto o efecto restringir la competencia en el mercado²⁵¹. El párrafo segundo del citado precepto declara que son nulos de pleno derecho los acuerdos empresariales que contravengan la prohibición enunciada en su apartado primero. La Ley permite que se puedan autorizar las conductas restrictivas que cumplan las cuatro condiciones que establece el artículo 3 en términos muy parecidos a los del artículo 81.3 CE.

²⁵¹ B.O.E. núm. 170, de 18 de julio de 1989. Sería muy larga la lista de autores que se han ocupado de destacar las similitudes que existen entre la redacción del artículo 1 LDC y el artículo 81 del Tratado CE. A título de ejemplo *vid.* H. BAYLOS CORROZA (*Tratado de Derecho industrial*, p. 317), quien señala que la "*Ley de Defensa de la Competencia en cuanto a su estructura y contenido, responde a criterios muy análogos a los que aplica la normativa comunitaria*"; y F. VICENT CHULIÁ (*Introducción*, p. 634), en cuya opinión "*la LDC se acerca, así, al contenido del Derecho de la competencia del Tratado CE, con excepción de las normas particulares de éste dirigidas a los Estados miembros: protección de la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, salvo determinados supuestos; reducción y regulación de los monopolios y de las empresas de servicios de interés económico general*".

La Ley de Defensa de la Competencia establece un sistema de aplicación de la normativa *antitrust* española similar al del Derecho comunitario. En primer lugar, la LDC adopta un sistema de control *a priori* de los acuerdos empresariales, el cual exige que los operadores en el mercado notifiquen a las autoridades *antitrust* los pactos restrictivos que celebren con vistas a obtener, en su caso, una autorización²⁵². En relación con los órganos encargados de aplicar la LDC, también se siguen las líneas maestras del modelo continental ya que se centraliza en unas autoridades de naturaleza administrativa —el Tribunal y el Servicio de Defensa de la Competencia— la facultad de aplicar la Ley, aunque sometida a la supervisión de la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional²⁵³. Por último, el papel de la jurisdicción ordinaria en nuestro país es aún más restringido que en el caso comunitario dado que los tribunales no pueden pronunciarse sobre la ilegalidad *antitrust* de las conductas empresariales. Por el contrario, su función se limita a declarar la nulidad de los acuerdos considerados prohibidos por el TDC y a resolver las posibles indemnizaciones por daños y perjuicios ocasionados por la conducta ilegal.

Debe advertirse que la propuesta de reforma del mecanismo de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, en caso de prosperar, tendrá también relevantes consecuencias sobre el régimen actualmente vigente en España. Por una parte, el paso a un sistema de control *ex-post* en el plano comunitario, permite entrever una futura abolición del sistema de autorización previa también en el plano nacional²⁵⁴. Por otra, la aplicación íntegra de los artículos 81 y 82 CE por los tribunales nacionales hará que

²⁵² Artículo 4 LDC. El procedimiento a seguir se regula en los artículos 4-18 del RD 157/1992, de 21 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, en materia de exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia (B.O.E. de 29 de febrero).

²⁵³ Artículo 25 LDC.

²⁵⁴ Así lo ha reconocido el presidente del *Bundeskartellamt*: “la presión hacia la armonización que cabe esperar con el nuevo mecanismo de aplicación hará imposible que Alemania mantenga su sistema de control preventivo”, (U. BÖGE, *Eur. Comp. L. Ann.* 2000, p. 67).

resulte todavía más incomprensible la actual prohibición de que nuestros órganos jurisdiccionales apliquen la prohibición de prácticas colusorias de la LDC²⁵⁵.

La interpretación que el Tribunal de Defensa de la Competencia ha realizado de la prohibición general de conductas restrictivas que contempla el artículo 1 ha variado a lo largo del tiempo, siguiendo una línea evolutiva paralela a la de las autoridades comunitarias. En una primera etapa, el Tribunal realizaba una interpretación excesivamente formalista del precepto, según la cual cualquier restricción de la libertad de actuación de las empresas se consideraba ilegal. En un momento posterior, el TDC comenzó a admitir ocasionalmente que algunas cláusulas en principio restrictivas, no debían reputarse prohibidas cuando eran necesarias para la celebración de acuerdos favorables para el mercado. En la actualidad, la autoridad de competencia aplica la denominada doctrina de la *aptitud restrictiva* de las conductas que exige examinar las circunstancias económicas que rodean los acuerdos para poder decidir si las conductas restrictivas vulneran o no el artículo 1 LDC²⁵⁶. Al estudio de las distintas etapas se dedican los tres apartados siguientes.

A. Interpretación estricta del artículo 1 LDC

Durante el período de vigencia de la anterior Ley 110/1963 de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia y en buena parte de los años que siguieron a la promulgación de la Ley 16/1989, el Tribunal de Defensa de la Competencia interpretó la prohibición del artículo 1 LDC en términos muy rigurosos, de manera que se entendía que bastaba cualquier restricción de la libertad de las empresas en el mercado, por nimia que fuese, para declarar que el acuerdo estaba prohibido por las normas *antitrust*. Esta interpretación estricta de la Ley se explica si se tiene en cuenta, por una parte, la

²⁵⁵ Vid. J. COSTAS COMESAÑA. *ADI*, vol. 20, 1999, p. 1427.

²⁵⁶ Según la terminología empleada por J. COSTAS COMESAÑA, *DN*, núm. 207, 2000, p. 86.

doctrina mantenida por la Comisión en aquellas fechas y, por otra, el propio tenor literal de la Ley 16/1989.

En primer lugar, es indudable que la política seguida por el TDC ha tenido siempre presente la experiencia de las autoridades de competencia comunitarias las cuales, como se ha dicho, en aquellas fechas también eran partidarias de una interpretación excesivamente formalista de la prohibición de prácticas colusorias del artículo 81 CE. Al igual que en el caso de la Comisión, el Tribunal estimaba que cualquier acuerdo restrictivo de la libertad de las partes infringía el artículo 1 y que el análisis de sus consecuencias económicas debía posponerse al artículo 3, cuando se examinaba si la conducta era acreedora de una autorización²⁵⁷.

En segundo término, esta severa interpretación del artículo 1 se explicaba por la inclusión en la Ley 16/1989 de un precepto, el artículo 3.2c), que permite *autorizar* los acuerdos que *atendiendo a su escasa importancia*, no sean capaces de afectar a la competencia de manera significativa. En la medida en que sólo se puede autorizar lo que está previamente prohibido, la mayoría de la doctrina española estimaba que la Ley de 1989 establecía erróneamente una rigurosa prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia entre empresas, aún cuando careciesen de efectos significativos sobre la competencia en el mercado²⁵⁸. Desde luego, esta era también la opinión tradicional del Tribunal de Defensa de la Competencia, el cual sostenía que la LDC prohibía los acuerdos restrictivos de la competencia con independencia de que sus efectos sobre el

²⁵⁷ Vid. J. RUIZ PERIS (RGD, núm. 576, 1992, p. 8366) quien advertía de la práctica seguida por el TDC consistente en desplazar cualquier análisis económico al momento de la autorización singular “siguiendo con ello la línea mayoritaria de pensamiento de los órganos comunitarios encargados del control de la licitud antitrust de los acuerdos entre empresas”.

²⁵⁸ Entre los trabajos publicados en torno a la promulgación de la Ley 16/1989, vid. J. A. GÓMEZ SEGADÉ, ADI, vol. 13, 1989-90, p. 584-85; J. SAGRERA RULL, DN, núm. 0, 1990, p. 36; J. RUIZ PERIS, RGD, núm. 576, 1992, p. 8370; A. M. TOBÍO RIVAS, ADI, vol. 12, 1987-88, p. 626 y DN, núm. 24, 1992, p. 24; y J. COSTAS COMESAÑA, ADI, vol. 15, 1993, p. 157-58.

mercado fuesen *grandes o pequeños*²⁵⁹ y que, en todo caso, la escasa relevancia de las conductas podía tenerse en cuenta únicamente a la hora de atenuar el importe de las multas impuestas²⁶⁰. Es menester destacar el absurdo al que conduce esta interpretación, pues lleva a considerar ilegales la mayoría de los contratos celebrados entre empresas rivales en tanto que éstos también limitan su libertad de actuación en el mercado²⁶¹. Más adelante nos ocuparemos de la problemática generada por la defectuosa redacción de la LDC y las insuficientes medidas legislativas adoptadas para subsanarla.

Es indudable que la política del TDC durante esta primera etapa resultaba insatisfactoria ya que se consideraban prohibidas numerosas conductas formalmente restrictivas, pero que no entrañaban ningún perjuicio para el nivel de competencia en los respectivos mercados. Esta situación obligaba al Tribunal a tramitar numerosos expedientes sobre prácticas empresariales inofensivas para el libre mercado y, al mismo tiempo, perjudicaba a las empresas que debían someter tales acuerdos al trámite de autorización singular. En estas condiciones, el TDC parecía más una entidad encargada de supervisar registros de morosos y otras prácticas inofensivas para el mercado, en lugar de una auténtica autoridad *antitrust* dispuesta a abordar los problemas de competencia reales que afectaban al mercado español.

²⁵⁹ Resolución del TDC de 6 de marzo de 1992, Expte. 306/91-*Detergentes*, Rec. TDC 1992, p. 115 y ss. En el citado asunto, el Tribunal afirma que el artículo 1 LDC prohíbe cualquier conducta que restrinja la competencia “*siendo muy claro que dicho artículo no matiza la afectación a la competencia grande o pequeña*”. Además, la resolución sostiene esta conclusión con apoyo en el artículo 3.2 c) pues un acuerdo de escasa importancia “*si es autorizàble se debe a que está prohibido*”, (Fundamento de Derecho 3).

²⁶⁰ A pesar de que la escasa importancia de un acuerdo no justifique su exclusión del ámbito de aplicación del artículo 1, el TDC entiende que “*evidentemente la importancia del efecto sobre la competencia ha de tenerse en cuenta en la eventual fijación de la sanción pecuniaria*”. Resolución TDC de 6 de marzo de 1992, Expte. 306/91-*Detergentes*, FD 3.

²⁶¹ Como afirma el profesor GÓMEZ SEGADÉ (*ADI*, vol. 13, 1989-90, p. 584-85), “*este tipo de prohibición radical (...) carece de sentido, pues no es ni realista ni funcional. La mayoría de los contratos serían nulos porque contienen una dosis, aunque sea mínima, de restricción de la competencia*”.

La aplicación ineficiente de las normas de competencia durante este período se veía agravada por la defectuosa técnica utilizada para redactar los reglamentos de exención por categorías en nuestro país. Ya hemos señalado que la Comisión acudió a este instrumento legal para excluir del extenso ámbito de aplicación del artículo 81.1 CE a determinadas categorías de acuerdos que no se estimaban perjudiciales para el mercado²⁶². Sin embargo, en nuestro país el legislador optó por promulgar una única disposición de estas características —el Real Decreto 157/1992 de 21 de febrero— en el que se transcribían las categorías de acuerdos trazadas por las autoridades comunitarias hasta aquella fecha²⁶³. Esta opción resulta sumamente criticable no sólo porque se adoptaron automáticamente las categorías elaboradas por una autoridad que persigue distintos fines y tiene otra experiencia²⁶⁴, sino también porque la posterior evolución de las disposiciones comunitarias resulta hoy incompatible con las restrictivas cláusulas del todavía vigente Real Decreto de 1992²⁶⁵.

²⁶² Vid. *supra* el punto I.2.1.2.D del presente capítulo.

²⁶³ “La técnica empleada por el legislador ha sido una simple y directa remisión a los reglamentos de la Comisión”, A. M. SALA ANDRÉS, *RGD*, núm. 576, 1992, p. 8591. Hasta el punto de que, como señala MARTÍNEZ LAGE (*ECLR*, vol. 17, 1996, p. 194), se da la paradoja de que “los umbrales mínimos son iguales para el mercado español que para el conjunto del mercado comunitario”.

²⁶⁴ Al respecto, J. MASSAGUER (*DN*, núm. 19, 1992, p. 28-29) se pregunta si no hubiese sido preferible esperar para la promulgación del reglamento de exención a una etapa posterior, en la que la experiencia de nuestras autoridades le permitiese excluir ya aquellas prácticas empresariales que reiteradamente no le hubieran presentado inconvenientes desde el punto de vista *antitrust*. Vid., en similares términos, J. RUIZ PERIS, *RGD*, núm. 576, 1992, p. 8367; y A. M. TOBÍO RIVAS, *DN*, núm. 24, 1992, p. 25-26 y *ADI*, vol. 14, 1991-92, p. 758.

²⁶⁵ Como afirman BERENGUER FUSTER y GINER PARREÑO (*DN*, núm. 114, 2000, p. 26), “para el legislador no existe (...) ni la propuesta de reforma de los Reglamentos 19/65 y 17/62, ni el nuevo reglamento de exención por categorías de 22 de diciembre de 1999, ni las (entonces) propuestas de directrices, ni el Libro Blanco sobre la modernización de los artículo 81 y 82 TCE (...) Nada de ello ha movido al legislador español para introducir modificaciones en el régimen de autorizaciones y exenciones”. Esta situación lleva a plantearse el problema de la aplicación de la LDC a los contratos que se ajustan a las nuevas disposiciones comunitarias (ALONSO SOTO, *Curso de Derecho mercantil*, tomo I, p. 279), que ha sido resuelta por el TDC estimando que deben, en todo caso, someterse a una autorización singular que les será concedida para no hacer peligrar la aplicación uniforme de las normas comunitarias.

B. Introducción paulatina del análisis económico de las conductas

A pesar de que el análisis formal y riguroso de los acuerdos empresariales constituyó la tónica dominante de la política del Tribunal de Defensa de la Competencia hasta bien entrada la década de los noventa, es posible observar en algunas resoluciones una visión más económica y flexible de las prácticas concertadas²⁶⁶.

Esta tendencia se puso de manifiesto por primera vez en dos resoluciones dictadas en el año 1993, en las que se examinaba la legalidad *antitrust* de los pactos de no competencia establecidos con ocasión de una compraventa de empresa. A pesar de que dichas cláusulas limitaban la libertad de actuación en el mercado de las partes contratantes, el Tribunal estimó que no existía ninguna restricción de la competencia porque la prohibición de concurrencia durante el tiempo y en el espacio geográfico necesario para consolidar el negocio por el adquirente, era una condición necesaria para llevar a cabo la venta de la empresa²⁶⁷.

²⁶⁶ Pese al gradual incremento del análisis económico de las conductas, subsisten numerosas manifestaciones de la idea tradicional de que cualquier restricción de la libertad de las empresas supone necesariamente una limitación de la competencia, con independencia de que sus efectos sobre el mercado sean favorables o desfavorables. Así, por ejemplo, en el manual del profesor A. BERCOVITZ, se afirma que con la noción *restricción de la competencia* “se pretende incluir dentro de la prohibición todo entendimiento a través del cual pueda alterarse el funcionamiento normal del sistema competitivo; y esa alteración se produce siempre que las empresas ven afectada su autonomía de actuación” (p. 301) y siguiendo con esta línea se dice que “es obvio que las empresas pueden colaborar entre ellas siempre que esta colaboración no impida o afecte a su autonomía de actuación dentro del mercado”. Como se verá más adelante, hoy se acepta que la colaboración empresarial pueda limitar la libertad de las empresas sin que por ello restrinjan, limiten o falseen necesariamente la competencia en el mercado.

²⁶⁷ En particular, en el caso *ICI Paints España* (Resolución del TDC de 2 de marzo de 1993, Expte. 40/92, Rec. TDC 1993, p. 89 y ss.) el Tribunal señala que cuando el pacto de no competencia se circunscribe a la finalidad de “consolidar en la persona del adquirente la clientela que ya tenía consolidada el transmitente (...) habrá que concluir que sólo busca dotar de efectividad al contrato de compraventa y que, por tanto, se substraе a las prohibiciones establecidas en la citada Ley de Defensa de la Competencia”, (Fundamento de Derecho 3). En la misma línea, en el expediente *Pentaservice* (Resolución del TDC de 15 de septiembre de 1993, Expte. 50/93, Rec. TDC 1993, p. 369 y ss.), la autoridad de competencia sostiene que el artículo 1 LDC “no es aplicable cuando hay transferencia de la propiedad de una empresa y el pacto de no competencia por el vendedor es crucial para garantizar la transferencia al comprador del valor comercial completo de los activos cedidos”, (Fundamento de Derecho 3).

Las citadas resoluciones fueron bien recibidas por un sector de la doctrina que entendía que entrañaban la recepción por nuestro Tribunal de un mecanismo de aplicación del artículo 1 LDC similar a la *rule of reason* norteamericana, en contraposición con la interpretación continental entonces imperante según la cual el análisis de los efectos de las conductas debía relegarse al momento en el que se estudia su autorización²⁶⁸. Ya hemos aludido a los problemas que plantea la utilización de la terminología norteamericana a este lado del Atlántico y a la conveniencia de que el controvertido término se utilice sin más pretensiones que las de hacer referencia a la necesidad de analizar los efectos económicos de las conductas antes de poder concluir que se trata de una infracción de las normas de competencia²⁶⁹. Pues bien, en nuestra opinión, estos dos expedientes tienen un alcance más limitado que la regla *de lo razonable* así entendida ya que no supusieron propiamente la aceptación plena del método del análisis económico de las conductas en sede del artículo 1 LDC.

En efecto, las resoluciones *ICI Paints España* y *Pentaservice* representaron un nuevo paso en la tendencia a introducir más análisis económico en el análisis del artículo 1.1 LDC. Los dos casos ponen de manifiesto que, en ocasiones, algunas cláusulas contractuales son estrictamente necesarias para llevar a buen fin un acuerdo lícito y que, por lo tanto, no deben considerarse una infracción de las normas de competencia. Sin embargo, en estos expedientes todavía no se reconoce, con carácter general, que antes de declarar la legalidad o ilegalidad *antitrust* de cualquier acuerdo empresarial –ya se trate del claro supuesto de los pactos de no competencia ligados a una compraventa de empresa o de otras restricciones teóricamente más graves–, es necesario investigar con mayor o menor detalle sus efectos en el mercado atendiendo a las circunstancias concretas del caso²⁷⁰. Por todo ello, en nuestra opinión no puede

²⁶⁸ Vid. C. GINER PARREÑO, *Distribución y libre competencia*, p. 483 y ss. y *DN*, núm. 33, 1993, p. 13; y L. MIRANDA SERRANO, *Homenaje al Prof. Brosseta*, p. 2342 y ss.

²⁶⁹ Vid. *supra* el punto I.2.1.2.E del presente capítulo.

²⁷⁰ Tanto GINER PARREÑO (*DN*, núm. 33, 1993, p. 13) como MASIDE MIRANDA (*Homenaje al Prof. Brosseta*, p. 2342 y ss.) reconocían que la resolución *ICI Paints España* simplemente suponía la

hablarse propiamente de recepción de la doctrina de la *rule of reason* en nuestro país hasta un momento posterior, en el que el TDC adopta la denominada doctrina de la aptitud restrictiva de los acuerdos²⁷¹.

Posteriormente, en otros dos expedientes el TDC volvió a realizar un análisis económico de las conductas empresariales antes de decidir sobre su conformidad con la prohibición general de conductas restrictivas, en lo que constituía ya un claro precedente de su doctrina actual en la materia²⁷². En primer lugar, en el asunto *Máquinas recreativas* el TDC declaró que un acuerdo de compra en común no infringía la LDC porque no incorporaba determinadas cláusulas restrictivas, las empresas asociadas no tenían poder de mercado y existían otras alternativas para los compradores²⁷³. En segundo término, en el asunto *Electrodomésticos de Alicante* el Tribunal estimó que un balance de los efectos anti y procompetitivos de la cadena de establecimientos comerciales Tien 21, permitía concluir que el acuerdo de colaboración no restringía la competencia en el sentido del artículo 1 LDC²⁷⁴.

aceptación de una modalidad limitada de la *rule of reason* (la doctrina de las *ancillary restraints*) y que era preciso aguardar a la evolución posterior de la doctrina del TDC para poder confirmar sin reservas la aceptación plena de la doctrina en nuestro país.

²⁷¹ En cierta medida, la evolución de la doctrina del TDC sigue una línea similar a la del Tribunal Supremo norteamericano pues la aceptación de las cláusulas accesorias a los acuerdos beneficiosos para el mercado (lo que se denomina la doctrina de las *ancillary restraints*), también constituyó en aquel país uno de los primeros instrumentos utilizados para suavizar los rigores de la interpretación literal del artículo 1 de la *Sherman Act* (vid. *United States v. Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 F. 271 [6º Cir., 1898]).

²⁷² De hecho, es posible intuir ya en estas resoluciones un análisis económico de las prácticas concertadas y el abandono de los criterios excesivamente formalistas en sede del artículo 1 LDC. Vid. J. COSTAS, *Los cárteles de crisis*, p. 69.

²⁷³ Resolución del TDC de 6 de septiembre de 1995, Expte. 345/94, Rec. TDC 1995, p. 312 y ss.

²⁷⁴ Resolución del TDC de 11 de diciembre de 1995, Expte. 354/94, Rec. TDC 1995, p. 422 y ss. Como señalan GINER PARREÑO y ROBLES MARTÍN-LABORDA (*DN*, núm. 69, 1996, p. 62 y ss.), la realización de este balance de los efectos positivos y negativos del acuerdo de colaboración (entre las consecuencias para la competencia *entre cadenas e intracadena*), sin duda recuerda a la *rule of reason* tradicional del Derecho norteamericano.

C. La doctrina de la *aptitud restrictiva* de las conductas

El cambio substancial en la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia se produjo finalmente en 1999, a raíz de dos sentencias de la Audiencia Nacional que se pronunciaron sobre el significado y contenido de la expresión *restricción de la competencia* del artículo 1 LDC²⁷⁵. La sentencia de 24 de junio de 1998 estimó el recurso contra una resolución del TDC que condenaba a siete talleres mecánicos madrileños por haber acordado que negociarían colectivamente sus precios con una mutua de seguros que era cliente de todos ellos²⁷⁶. La Audiencia Nacional revocó esta decisión por estimar que un acuerdo de estas características no afectaba a la competencia en el mercado dado que cualquier hipotético aumento de las primas resultantes del mismo, podría haber sido evitado fácilmente por los clientes cambiándose a otra compañía. La sentencia concluye que la conducta “*no era apta para producir ninguna alteración en el mercado ni en sus normas de competencia*”. En segundo término, la sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 1998 confirmó una resolución del TDC que declaraba ilegal un acuerdo adoptado por la asociación asturiana de fabricantes de máquinas recreativas, por el cual sus miembros se abstenían de colocar sus máquinas en aquellos locales en los que ya existiera otra comercializada por algún miembro de la asociación²⁷⁷. El órgano jurisdiccional señaló que debían establecerse dos clases de conductas prohibidas por el artículo 1 LDC: a) las conductas dolosas, que tienden directamente a restringir la competencia (restricciones por objeto); y b) las conductas culposas, que no tienen el objeto de limitar la competencia, pero sí aptitud para hacerlo²⁷⁸.

²⁷⁵ Así lo ha destacado, entre otros, A. GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, *La Ley*, núm. 2911, del viernes 22 de octubre de 1999.

²⁷⁶ Resolución del TDC de 26 de diciembre de 1995, Expte. 360/95—*Mutua Madrileña Automovilista* 4, Rec. TDC de 1995, p. 452 y ss.

²⁷⁷ Resolución del TDC de 6 de septiembre de 1995, Expte. 345/94—*Máquinas recreativas*, Rec. TDC de 1995, p. 312 y ss.

²⁷⁸ Para una exposición detallada de las dos sentencias, *vid.* A. GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, *La Ley*, núm. 2911, del viernes 22 de octubre de 1999.

La primera ocasión en la que el TDC, invocando estos precedentes, expone su doctrina de la *aptitud restrictiva* de las conductas fue en el expediente *Prensa Segovia* de mayo de 1999²⁷⁹. En este caso se examinaba un acuerdo de una asociación de vendedores de prensa de Segovia recomendando a sus miembros cerrar sus puntos de venta durante dos días, como medida de presión contra la única empresa encargada de la distribución mayorista de la prensa en la provincia. El Tribunal declaró que esta conducta no tenía por objeto restringir la competencia dado que su único propósito era influir en la negociación con la única distribuidora. Además, tampoco era probable que el acuerdo tuviese efectos sobre la competencia en el mercado de la prensa ya que los kiosqueros no estaban en condiciones de soportar un cierre prolongado²⁸⁰.

El Tribunal explica su doctrina acerca de los acuerdos restrictivos en su conocido Fundamento de Derecho Segundo en el que se reconoce que existen tres clases de conductas restrictivas de la competencia: 1) aquellas que tienen por objeto limitar la competencia; 2) aquellas que han producido un efecto restrictivo sobre la competencia; y 3) aquellas conductas que potencialmente pueden causar una alteración del libre mercado. En este último caso, es preciso analizar si la conducta examinada tiene *aptitud* para limitar la competencia, aunque no haya tenido efectos prácticos sobre la misma²⁸¹.

La doctrina de la *aptitud restrictiva* de las conductas ha sido confirmada posteriormente por el Tribunal, al menos, en otras cuatro resoluciones en las que se examinan los efectos potenciales de los convenios restrictivos sobre el mercado antes de

²⁷⁹ Resolución del TDC de 18 de febrero de 1999, Expte. 434/98—*Prensa Segovia*, Rec. TDC de 1999, p. 168 y ss.

²⁸⁰ Por todo ello, el acuerdo “carece de aptitud para afectar la competencia” (Fundamento de Derecho 3).

²⁸¹ “Las conductas tipificadas están prohibidas si, y sólo si, por lo que respecta a impedir, restringir o falsear la competencia, cumplen una, al menos, de las tres condiciones siguientes: 1) tener el objeto, aunque no lo consiga; 2) producir el efecto aunque no haya el propósito; o 3) haber podido producir el efecto, incluso sin perseguirlo (...) se trata de que la conducta concreta objeto de análisis tenga o no aptitud para impedir, restringir o falsear la competencia, aunque no haya tenido efectos prácticos sobre la misma”, (Fundamento de Derecho 2).

poder concluir si infringen la competencia. En el caso *Vileda/Tervi* se examinaron varios acuerdos de licencia exclusiva de *know-how* y marcas, con cláusula de suministro exclusivo, en el sector de productos de limpieza y lavado²⁸². De acuerdo con la línea de opinión iniciada en *Prensa Segovia*, la resolución declaró que para determinar si el acuerdo era restrictivo de la competencia era preciso analizar junto con sus objetivos, cuál era el mercado relevante y el poder que en el mismo ostentaban las empresas afectadas. El TDC estimó que la naturaleza del pacto y la escasa entidad de las entidades participantes llevaban a la conclusión de que el acuerdo ni tenía por objeto ni era apto para restringir la competencia²⁸³.

En el asunto *Bassols/Agri* se sometía a la consideración del TDC un acuerdo del año 1913 por el que dos empresas dedicadas a la producción y distribución de energía eléctrica habían pactado repartirse el mercado²⁸⁴. El convenio entrañaba una grave restricción de la libertad de actuación de las partes, pues incluía el compromiso de no suministrar electricidad en las poblaciones donde la otra parte tuviese instalado el servicio. Sin embargo, la resolución se abstuvo de condenar automáticamente el acuerdo y de conformidad con su nueva doctrina, se pregunta si el acuerdo tenía por objeto o era apto para restringir la competencia. En primer término, el Tribunal descartó que el objeto del acuerdo fuese anticompetitivo porque su finalidad principal había sido optimizar el uso de los respectivos recursos²⁸⁵. En segundo lugar, a la hora de analizar sus efectos sobre la competencia, la solución a la que llegó el Tribunal varió según el momento histórico contemplado. Así, la resolución concluyó que el acuerdo no era apto para restringir la competencia durante el largo período en el que el sector eléctrico español estuvo sometido a una fuerte regulación que impedía la competencia entre

²⁸² Resolución del TDC de 26 de mayo de 1999, Expte. 437/98–*Vileda/Tervi*, Rec. TDC de 1999, p. 393 y ss.

²⁸³ Fundamento de Derecho 3.

²⁸⁴ Resolución del TDC de 25 de octubre de 1999, Expte. 448/99–*Bassols/Agri*, Rec. TDC de 1999, p. 604 y ss.

²⁸⁵ Fundamento de Derecho 3.

operadores; por el contrario, el pacto era restrictivo en la actualidad tras la aprobación de la normativa estatal que liberalizó la actividad de producción y comercialización de la energía eléctrica²⁸⁶.

En el expediente *Espectáculos Taurinos* de marzo de 2000, se examinó un contrato de cesión en bloque y en exclusiva por parte de un grupo de ganaderos a favor de la sociedad Toros e Imágenes S.L. de los derechos televisivos y audiovisuales que pudieran corresponderles sobre los espectáculos taurinos en que se lidiasen sus reses²⁸⁷. Siguiendo con la línea argumental de los casos anteriores, el TDC sostuvo que dado que el acuerdo no tenía un objeto restrictivo ni tampoco había producido ya efectos negativos sobre el mercado, era necesario examinar si a la vista de las circunstancias del caso un pacto de estas características era apto para limitar la competencia. La resolución estimó que el acuerdo debilitaría la competencia en el mercado porque afectaba a los operadores más importantes en el sector y reducía substancialmente sus posibilidades de competencia como consecuencia de la concentración de la negociación en una única empresa²⁸⁸. Sin embargo, el TDC decidió concederle una autorización singular toda vez que el contrato estaba llamado a instaurar un nuevo mercado en el ámbito de los espectáculos taurinos y su retransmisión televisiva²⁸⁹.

Finalmente, en el caso *Hardi Internacional* se estudió la licitud *antitrust* de un pacto de no competencia, sin límites ni temporal ni geográfico, formalizado en un contrato de transmisión de una empresa dedicada a la producción y comercialización de maquinaria agrícola de tratamiento fitosanitario y abonado de plantas²⁹⁰. El análisis del

²⁸⁶ Fundamentos de Derecho 3-4. Sobre el desarrollo de la competencia en la producción, transporte y distribución de la energía eléctrica en nuestro país *vid.*, con carácter general, el informe del TDC, *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia*, p. 164 y ss.

²⁸⁷ Resolución del TDC de 1 de marzo de 2000, Expte. 454/99-*Espectáculos Taurinos*.

²⁸⁸ Fundamentos de Derechos 2-3.

²⁸⁹ Fundamento de Derecho 4.

²⁹⁰ Resolución del TDC de 27 de marzo de 2000, Expte. 457/99-*Hardi Internacional*.

mercado confirmó que los pactos de no competencia habían sido necesarios para permitir la transmisión de la empresa a una poderosa multinacional, que de esta forma se convirtió en un nuevo competidor en el mercado español con el consiguiente aumento de la competencia. Además, la cláusula restrictiva apenas había tenido efectos ya que existían numerosos competidores alternativos y ni siquiera el propio vendedor la había cumplido²⁹¹. Por todo ello, el Tribunal resolvió que la conducta no infringía el artículo 1 LDC.

No podemos concluir esta exposición de la novedosa doctrina del Tribunal sin señalar que se trata hoy de una teoría consolidada como lo demuestra la existencia de otros muchos expedientes en los que se hace referencia a la misma de manera más sucinta. En efecto, el examen de la potencialidad restrictiva de las conductas empresariales sobre el mercado en sede del artículo 1.1 LDC se encuentra no sólo en diversos expedientes sancionadores²⁹², sino también en resoluciones de recursos presentados contra actos del Servicio de Defensa de la Competencia²⁹³ y en diversos

²⁹¹ Fundamento de Derecho 4.

²⁹² Vid. la resolución de 29 de noviembre de 1999, Expte. 432/98—*Líneas Aéreas*, Rec. TDC 1999, p. 648 y ss., la cual alude a la mera aptitud restrictiva como un criterio que permite atenuar la multa al señalar que “en cuanto a los efectos de los Acuerdos, el Tribunal considera que no han quedado acreditados en el expediente y que, en todo caso, la mencionada aptitud de restringir la competencia es siempre menos grave que cuando las conductas tienen por objeto o efecto real afectar negativamente a la competencia” (Fundamento de Derecho 9); la resolución de 17 de diciembre de 1999, Expte. 408/97—*Panasonic*, Rec. TDC 1999, p. 687 y ss., declara que “si la condición de aptitud para afectar negativamente la competencia en todo o en parte del mercado nacional no se cumple, la conducta no está prohibida por el artículo 1 LDC”, (Fundamento de Derecho 4); la resolución de 7 de abril de 2000, Expte. 472/99—*Colegio Farmacéuticos de Valencia*, en la que se afirma que “es una recomendación colectiva (...) que, además, tiene aptitud para producir el efecto perseguido de impedir la competencia mediante el control de la distribución, aunque el Servicio en sus investigaciones no haya acreditado, según el mismo reconoce, los efectos que se hayan podido producir”, (Fundamento de Derecho 6); la resolución de 22 de enero de 2001, Expte. 480/99, *Abogados Jerez*, continúa en esta línea al indicar que “la conducta del Colegio imputado es tipificable como una decisión colectiva con aptitud para restringir la competencia en el mercado de la abogacía en la demarcación de Jerez de la Frontera”, (Fundamento de Derecho 4); finalmente, la resolución de 4 de julio de 2001, Expte. 496/00—*Operadores aeroportuarios*, estima que “cualquier recomendación colectiva con aptitud para impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional, como es el caso, está expresamente prohibida por el artículo 1 LDC” (Fundamento de Derecho 4).

²⁹³ Vid. la resolución de 24 de marzo de 2000, Expte. R 388/99—*Air Taxi Málaga*, en la que se señala que “este Tribunal ha de coincidir con el Acuerdo impugnado (...) al no apreciarse que la conducta de

expedientes de autorización singular en los que el Tribunal valoró si las conductas notificadas restringían o no la competencia ya que, en este segundo caso, no era necesario concederles ninguna autorización²⁹⁴.

D. Valoración

La doctrina española ha recibido favorablemente la teoría de la aptitud restrictiva de las conductas por cuanto supone el abandono definitivo del examen formalista de los acuerdos que caracterizó al TDC en una etapa anterior, para dar paso al análisis económico de los acuerdos en el contexto del mercado en el que se celebran²⁹⁵.

Además, la actual política del TDC también debe ser bienvenida porque es plenamente consecuente con la postura mantenida hoy por los tribunales comunitarios, en cuya virtud se establece una distinción entre los acuerdos que tienen por objeto

las partes denunciadas haya tenido el efecto o la aptitud para reducir la libre competencia en el sector de los servicios de ayuda en tierra al tráfico aéreo en el aeropuerto de Málaga", (Fundamento de Derecho 9); y la resolución de 3 de abril de 2001, Expte. r 435/00–*Propiedad Inmobiliaria Toledo*, afirma respecto de la conducta denunciada que *"es un hecho que carece de aptitud para provocar una grave distorsión de la libre competencia"*, (Fundamento de Derecho 3).

²⁹⁴ Vid. la resolución de 12 de abril de 2000, Expte. A 267/99–*Almacenistas de Hierros*, en la que se afirma que el acuerdo notificado *"carece de aptitud en sí mismo para restringir o falsear la competencia entre los distintos operadores del mercado afectado"*, (Fundamento de Derecho 2); la resolución de 16 de mayo de 2000, Expte. A 261/99, *Contrato-tipo Frigoríficos*, afirma que el procedimiento de autorización tiene por objeto *"un modelo de contrato de prestación de servicios frigoríficos (...) el cual puede considerarse una recomendación colectiva con aptitud para afectar a la competencia en el mercado de servicios frigoríficos, por lo que puede calificarse como acuerdo entre empresas a los efectos de lo dispuesto en el art. 1.1 LDC"*, (Fundamento de Derecho 1); la resolución de 22 de noviembre de 2000, Expte. A 278/00–*UNESPA*, sostiene en este sentido que *"tal acuerdo, que por sí mismo no discrimina entre las empresas de control técnico ni implica una restricción de la autonomía contractual de los constructores y las aseguradoras, carece de aptitud, aplicado en sus términos estrictos, para restringir o falsear la competencia entre los distintos operadores del mercado afectado"*, (Fundamento de Derecho 2); y finalmente la resolución de 18 de septiembre de 2001, Expte. A 300/01–*Banca Electrónica Uno E. Com.*, sostiene que *"se trata de un Acuerdo entre empresas cuyo objeto no es restringir la competencia y que carece de aptitud para producir efectos anticompetitivos"*, (Fundamento de Derecho 3).

²⁹⁵ Vid. A. GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ (*La Ley*, núm. 4911, de 22 de octubre de 1999), quien afirma que la doctrina emanada de estas resoluciones constituye un *"ejemplo palmario de la tendencia, cada vez más nítida, de introducir nuevos elementos de análisis económico en la aplicación de las normas jurídicas protectoras de la libre competencia, en detrimento de una aplicación puramente mecánica de las disposiciones legales vigentes"*.

restringir la competencia y aquellos que meramente tienen o pueden tener efectos sobre la misma. En este segundo caso, la jurisprudencia comunitaria estima que es necesario examinar las condiciones del mercado para poder determinar si dicha afectación se ha producido ya o si existen probabilidades de que se produzca (porque el acuerdo es *apto* para limitar la competencia)²⁹⁶.

La doctrina de la *aptitud restrictiva* tiene como principal inconveniente que resulta difícil de conciliar con el artículo 3.2 c) LDC, el cual sigue manteniendo como supuesto autorizable el de los acuerdos que carecen de efectos significativos sobre la competencia. Las sucesivas reformas emprendidas para subsanar el absurdo al que conduce este precepto no han contribuido a solucionar el problema sino más bien a *crear un engendro que nadie ha logrado nunca comprender*²⁹⁷. La primera medida adoptada en 1996 con el fin de flexibilizar la rigurosidad del artículo 3.2 c) no consistió, sorprendentemente, en eliminar este precepto del articulado de la Ley, sino en la modificación del artículo 1.3 LDC con el fin de permitir a las autoridades de competencia que *dejasen de perseguir* los acuerdos insignificantes²⁹⁸. En estos términos, la reforma llevaba a un absurdo tal vez aún mayor pues se creaba una nueva categoría de resoluciones (las de no perseguir) que no otorgaban la necesaria seguridad jurídica a las empresas ni servían para aliviar la carga de trabajo del Tribunal o de las empresas afectadas²⁹⁹.

²⁹⁶ Vid. *supra* el punto I.2.1.3.B del presente capítulo.

²⁹⁷ L. BERENGUER FUSTER/ C. GINER PARREÑO, *DN*, núm. 114, 2000, p. 25. Respecto de las imperfecciones del régimen jurídico de los acuerdos de menor importancia en España, puede consultarse nuestro trabajo publicado en *Anuario FDUDC*, vol. 2, 1998, p. 669 y ss.

²⁹⁸ RD Ley 7/1996, de 17 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica (B.O.E. de 8 de junio de 1996. Corrección de errores B.O.E. de 18 de junio de 1996).

²⁹⁹ Vid. R. ALONSO SOTO, *GJCE*, núm. 120, 1997, p. 2-3; y J. COSTAS COMESAÑA, *RGD*, núm. 632, 1997, p. 5679 y ss. y *ADI*, vol. 17, 1996, p. 1018 y ss. Es más, debido a la técnica *extraordinariamente pobre empleada por el legislador*, J. MASSAGUER (*Comentario*, p. 77-78) advierte que los acuerdos sin importancia, al seguir estando prohibidos por el artículo 1 LDC, constituyen también un ilícito desleal por violación de normas del artículo 15 LCD. Por el contrario, L. BERENGUER FUSTER (*GJCE*, núm. D-29, 1998, p. 191) ha manifestado su opinión favorable respecto del particular régimen instaurado por el RD Ley 7/1996 dado que aunque un acuerdo insignificante "*puede no afectar al*

Las numerosas críticas recibidas hicieron que esta cuestión fuese de nuevo abordada en la reforma de la LDC llevada a cabo a finales de 1999³⁰⁰. Para evitar el absurdo al que llevaba la redacción anterior del artículo 1.3 LDC, la última reforma eliminó cualquier mención al carácter prohibido de las conductas insignificantes, de forma que ya no se dice expresamente si las conductas de escasa importancia son ilegales o no. Sin embargo, la modificación realizada es claramente insuficiente por cuanto se ha mantenido el artículo 3.2c) que sigue contemplando los acuerdos de escasa o ninguna importancia como un supuesto que ha de someterse al trámite de autorización³⁰¹.

Pues bien, pese a la persistencia en el error mostrada por el legislador en este punto, el Tribunal de Defensa de la Competencia no ha cambiado su visión crítica sobre el artículo 3.2 c) que se pone de manifiesto tanto en sus resoluciones anteriores a la

interés público y por ello no se persigue (...) puede igualmente afectar al interés de un privado, y no debe impedirse que éste utilice alguna vía para obtener amparo en defensa de sus derechos, cosa que podría incurrir si se declarara que tal acuerdo no está incurso en la prohibición”.

³⁰⁰ Vid. Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia (B.O.E. núm. 311, de 29 de diciembre).

³⁰¹ Vid. GINER PARREÑO y ROBLES MARTÍN LABORDA (*DN*, núm. 113, 2000, p. 102) quienes afirman que la defectuosa técnica legislativa empleada convierte en una *inocentada* (en alusión a la fecha de promulgación de la Ley) la pretendida alteración de los tipos de ilícitos *antitrust* que recoge la Exposición de Motivos. En todo caso, es menester subrayar que los autores no se ponen de acuerdo a la hora de valorar el alcance de la supresión del adjetivo *prohibidas* en el artículo 1.3 LDC. En opinión del vocal del Tribunal J. PASCUAL Y VICENTE (*GJCE*, núm. 205, 2000, p. 14-15), esta medida basta para considerar que los acuerdos insignificantes ya no están prohibidos por la LDC, lo cual viene a corroborar la poca consideración que le merece a nuestro Tribunal la pervivencia del artículo 3.2c). En segundo término, de acuerdo con una opinión más ajustada al tenor literal de la Ley, J. COSTAS COMESAÑA (*ADI*, vol. 20, 1999, p.1413 y ss.) estima que el reformado artículo 1.3 LDC crea dos tipos de acuerdos de menor importancia, unos basados en criterios cualitativos (que no están prohibidos) y otros basados en criterios cuantitativos (que sí están prohibidos pero no se persiguen debido a su escasa importancia). Sin embargo, en nuestra opinión no se entiende qué sentido tendría esta segunda categoría pues si la conducta carece de entidad para afectar el mercado, no existe restricción alguna de la competencia por muy grave que sea el tipo de acuerdo adoptado. Por esta misma razón criticamos en un trabajo precedente que la Comisión excluyese la aplicación de la regla *de minimis* a los acuerdos de precios y de reparto de mercados (*ADI*, vol. 18, 1997, p. 1029); si a la luz de las circunstancias del caso, tales acuerdos no afectan significativamente a los intercambios comunitarios, no existe razón alguna para considerar que están prohibidos por el artículo 81.1 CE.

reforma de 1999, como en las posteriores³⁰². El Tribunal de Defensa de la Competencia sostiene hoy en numerosas resoluciones que sólo los acuerdos *aptos* para restringir la competencia están prohibidos por la LDC y que, por tanto, no tiene sentido autorizar aquello que no estaba previamente prohibido. Esta teoría conduce en la práctica a una virtual falta de aplicación del artículo 3.2 c) de la LDC³⁰³.

A modo de conclusión, estimamos que la insistencia mostrada por el legislador al regular los acuerdos de menor importancia se apoya en un error de partida. Si lo que se pretende es evitar que el TDC tenga que pronunciarse continuamente sobre cuestiones sin trascendencia para la economía española, la solución no consiste en acudir al mecanismo legal de la doctrina *de minimis* comunitaria, sino que basta con realizar una interpretación más económica del artículo 1.1 LDC³⁰⁴.

Debe recordarse que en el plano comunitario la *doctrina de minimis*, en la práctica, se utiliza como el criterio que determina la aplicación de las normas comunitarias o nacionales a un determinado asunto. Así, se entiende que los acuerdos que no restringen de manera sensible la competencia en el mercado común ni afectan al comercio entre Estado miembros, deben ser examinados de acuerdo con las

³⁰² Vid. la resolución del TDC en el caso *Vileda/Tervi* (Fundamento de Derecho 2) y, tras la reforma, la resolución *Hardi Internacional* (Fundamento de Derecho 3), en la que se afirma lo siguiente: “la cuestión no debe consistir en declarar que existe una conducta prohibida que no se persigue, cuando ya se ha perseguido, sino en establecer si existe, o no, esa conducta prohibida”. Algún autor ha manifestado sus dudas acerca de la validez de esta doctrina toda vez que el legislador de 1999 optó expresamente por mantener el artículo 3.2 c) LDC. Vid. A. GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, *RGD*, núms. 670-71, 2000, p. 9578.

³⁰³ Con la notable excepción comentada por J. COSTAS COMESAÑA (*DN*, núm. 207, 2000, p. 78 y ss.) del expediente *Cajas Rurales Jalón y Zaragoza* (Resolución de 15 de noviembre de 1999, Expte. 249/98, Rec. TDC 1999, p. 627 y ss.) la cual “tiene el dudoso privilegio de contener la primera resolución de autorización de un acuerdo de menor importancia en más de 10 años de aplicación de la LDC”, (p. 78).

³⁰⁴ Así lo estiman BERENGUER FUSTER y GINER PARREÑO (*DN*, núm. 114, 2000, p. 25), quienes afirman que “en realidad, la finalidad perseguida por el legislador al regular los acuerdos de menor importancia (...) debería conseguirse trabajando con el concepto de restricción de la competencia”.

legislaciones de competencia nacionales³⁰⁵. No ocurre lo mismo en el Ordenamiento español en el que la aplicación de la doctrina *de minimis* supone la inaplicabilidad absoluta de las normas de competencia a los acuerdos poco importantes (tras la preceptiva autorización). En estas condiciones, no se entienden las razones que llevaron a recurrir al instrumento *de minimis* en el plano nacional pues en nuestro país el problema se reduce a determinar si existe una restricción de la competencia y no cuál es la normativa aplicable. En otras palabras, mientras que en el plano comunitario, una conducta puede afectar a la competencia en un ámbito geográfico reducido pero no infringir el artículo 81.1 CE por carecer de dimensión comunitaria, en nuestro país no existe esta distinción por lo que, o bien un acuerdo limita la competencia en un mercado (sea del tamaño que sea) y es ilegal o no la restringe, en cuyo caso no está prohibido por las normas *antitrust*³⁰⁶.

Al respecto, ha de tenerse presente el Proyecto de Ley que se está tramitando en el Parlamento sobre las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas en materia *antitrust* que no reconocía la legislación anterior³⁰⁷. El proyecto circunscribe la actuación de las autoridades autonómicas a la investigación y sanción de aquellas prácticas que agoten sus efectos en su territorio. Entendemos que tras la aprobación de

³⁰⁵ Vid., al respecto, la Propuesta de la Comunicación sobre acuerdos de menor importancia de febrero de 2001 (DOCE núm. C149/18, de 19 de febrero de 2001) que amplía las cuota de mercado mínimas a partir de los cuales se entiende que una conducta puede tener efectos sensibles sobre la competencia en el mercado. Como novedad, la Propuesta de Comunicación excluye cualquier mención a los umbrales mínimos a partir de los cuales se presume que una conducta afecta al comercio entre los Estados miembros, pues se entiende que constituye una cuestión distinta que debe ser examinada en una comunicación ad hoc (vid. L. PEEPERKORN, *CPNewsl.*, núm. 2, 2001, p. 4-5).

³⁰⁶ Debe tenerse presente que el Proyecto de Ley que se está tramitando en el Parlamento sobre las competencias ejecutivas de las C.C.A.A. en materia *antitrust*, dispone que la actuación de las autoridades autonómicas debe circunscribirse a la investigación y sanción de aquellas prácticas que agoten sus efectos en su territorio. Entendemos que tras la aprobación de la Ley este criterio actuará a modo de regla *de minimis* en nuestro país y reafirmará aún más si cabe el absurdo que supone la referencia a los acuerdos de menor importancia de los artículos 1.3 y 3.2c) de la LDC.

³⁰⁷ Vid. *infra* el punto 1.3.2 del presente capítulo.

la Ley este criterio actuará a modo de regla *de minimis* en nuestro país y reafirmará, aún más si cabe, el absurdo que suponen los artículos 1.3 y 3.2c) de la LDC³⁰⁸.

3.1.2 Otros preceptos *antitrust*

A. Abuso de posición dominante

Antes de la reforma de 1999, la regulación del abuso de posición de dominio del artículo 6 LDC era prácticamente idéntica a la del artículo 82 CE y se refería únicamente a aquellas situaciones en las que una empresa dominante abusaba de su posición de poder en el mercado. Tras la reforma, el artículo 6 de la LDC establece dos tipos de ilícitos *antitrust*: por una parte, la prohibición tradicional del abuso de posición dominante y, por otra, una segunda modalidad de prohibición ajena al Derecho comunitario relativa a la explotación abusiva de las situaciones de dependencia económica.

El novedoso tipo de ilícito *antitrust* ha sido, en general, mal recibido por la doctrina³⁰⁹ no sólo por su falta de raigambre en la tradición española y comunitaria³¹⁰, sino también porque se trata de una conducta que ya tenía acomodo tanto en la propia Ley de Defensa de la Competencia³¹¹ como en la Ley de Competencia Desleal³¹².

³⁰⁸ En todo caso, como señala S. MARTÍNEZ LAGE (GJCE, núm. 205, 2000, p. 6), existe una importante diferencia entre la norma *de minimis* nacional y comunitaria. En el plano comunitario, “*el hecho de que una determinada conducta afecte al comercio intracomunitario permite aplicar los artículos 81 y 82 TCE, pero no prejuzga en absoluto la autoridad competente de dicha aplicación*”. Por el contrario, en nuestro país este criterio se empleará para determinar la autoridad competente para resolver un asunto, pero no la legislación aplicable que será siempre la misma.

³⁰⁹ Vid. R. ILLESCAS ORTIZ, *Derecho mercantil*, p. 633.

³¹⁰ Vid. J. PASCUAL Y VICENTE (GJCE, núm. 205, 2000, p. 20), quien estima que la nueva categoría constituye “*un elemento extraño en la redacción del artículo 6 LDC que le da un cierto aire extravagante, nada deseable en normas jurídicas que, como ésta, deben guardar el mayor paralelismo posible con la normativa comunitaria europea, y que lo guardaba hasta ahora*”.

³¹¹ Más concretamente en el artículo 7 LDC, que permite sancionar las conductas desleales con entidad suficiente para restringir la competencia de forma importante en el mercado. Vid. J. PÉREZ-

B. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales

El artículo 7 LDC regula un ilícito *antitrust* desconocido en el ámbito comunitario que consiste en la prohibición de los actos de competencia desleal que puedan perjudicar el funcionamiento de la competencia. Básicamente, la conducta prohibida en la Ley requiere la concurrencia de un doble requisito: 1) que exista un acto de competencia desleal conforme a la LCD; y 2) que como consecuencia del mismo, se produzca o pueda producir una restricción de la competencia en el mercado³¹³. La reforma de 1999 modificó el artículo para precisar que el requisito de afectación de la competencia sólo se cumple cuando se alteren *gravemente* las condiciones del mercado. La finalidad que se persigue es evitar el excesivo número de expedientes tramitados en los que se denunciaba el artículo 7 LDC y solían concluir con una declaración de sobreseimiento por parte del Tribunal³¹⁴.

Por otra parte, el cambio legislativo de 1999 ha acentuado el cierto solapamiento existente entre los artículos 6 y 7 de la LDC³¹⁵. En efecto, en la mayoría de los casos

BUSTAMANTE KÖSTER, *GJCE*, núm. 205, 2000, p. 33 y ss.; y J. COSTAS COMESAÑA, *ADI*, vol. 20, 1999, p. 1415 y ss.

³¹² En efecto, antes de la reforma la figura de la explotación abusiva de una situación de dependencia económica estaba recogida en nuestro Derecho de la competencia desleal que expresamente tipifica esta conducta en el artículo 16.2 de la LCD. Al respecto, J. MASSAGUER (*Homenaje al Prof. Brosseta*, p. 2219 y ss.) entendía que este ilícito desleal constituía un complemento de la prohibición de abuso de posición de dominio de la LDC.

³¹³ En este sentido, J. MASSAGUER (*Comentario*, p. 75) señala que “el precepto introduce un umbral de relevancia mínima para entender producido el ilícito (...) requiriéndose en este sentido que el acto de competencia desleal que falsea la competencia tenga entidad suficiente como para causar una grave perturbación en los mecanismos que regulan el funcionamiento del mercado”, (citando la Resolución del TDC de 9 de octubre de 1991, Expte. A 13/91–*Suministros para Ventilación y Calefacción por Aire S.A.*, Rec. TDC 1991, p. 826 y ss.).

³¹⁴ Vid. A. GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, *RGD*, núms. 670-71, 2000, p. 9583. En su comparecencia en la Comisión de Economía del Congreso para informar del proyecto de reforma de 1999, el profesor ILLESCAS ORTIZ (*DSCD*, Comisiones, VI Legislatura, Comparecencia, núm. 776, 19 de octubre de 1999, p. 23016 y ss.), afirmó que, en su opinión, la mejor solución para evitar este amplio caudal de expedientes que prácticamente nunca prosperan, sería eliminar el propio artículo 7 LDC.

³¹⁵ Vid. A. ROBLES MARTÍN-LABORDA, *Libre competencia*, p. 229, quien señala que, en principio, “la utilidad del artículo 7 de la LDC parece limitarse únicamente a la represión de actos

para que una conducta desleal pueda afectar gravemente a la competencia, se requiere que la empresa infractora tenga una cierta posición de poder en el mercado u ostente una situación de dependencia económica respecto de terceros, por lo que los actos desleales que cometan constituyen ya una infracción autónoma del artículo 6 LDC³¹⁶.

C. Control de concentraciones

La Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia tuvo el mérito de incorporar a nuestro Ordenamiento *antitrust* el control de las operaciones de concentración empresarial, si bien el sistema elegido resultó insatisfactorio como lo demuestra el hecho de que ha sido sometido a numerosas modificaciones³¹⁷.

En su regulación actual, la LDC impone a las empresas la obligación de notificar estas operaciones con un máximo de treinta días tras la conclusión del acuerdo de concentración y siempre que como consecuencia de las mismas se supere una determinada cuota del mercado o se alcance un determinado volumen de ventas. Por lo tanto, a pesar de las reformas emprendidas, el régimen español mantiene algunas diferencias con respecto al comunitario, dado que en nuestro país no se exige la

desleales unilaterales cometidos por empresas que no gozan de posición de dominio” pues, en caso contrario, serían aplicables los artículos 1 y 6 de la LDC. En parecidos términos, *vid.* M. TRONCOSO REIGADA, *Homenaje al Prof. Menéndez*, p. 1040; y A. EMPARANZA SOBEJANO, *El boicot*, p. 214-15.

³¹⁶ A. GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ (*RGD*, núms. 670-71, 2000, p. 9582-83) sostiene que “la función del artículo 7 de la LDC ha perdido en parte su sentido, al vaciarse parcialmente su ámbito de aplicación por el propio artículo 6 (en virtud de la nueva figura de la explotación de la situación de poder económico)”.

³¹⁷ *Vid.* F. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones*, p. 125. En particular, el régimen actualmente vigente es el resultado de las reformas siguientes: el RD Ley 6/1999, de 16 de abril; el RD Ley 2/2001, de 2 de febrero, por el que se modifica la disposición transitoria sexta de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, y determinados artículos de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (B.O.E. núm 30, de 3 de febrero); RD Ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios (B.O.E. núm. 151, de 24 de junio; corrección de errores en B.O.E. núm. 154, de 28 de junio); y la Ley 9/2001, de 4 de junio, por la que se modifica la Disp. Trans. 6.ª de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, determinados artículos de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y determinados artículos de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro (B.O.E. núm. 134, de 5 de junio).

notificación con carácter previo de las concentraciones³¹⁸ y se sigue utilizando como criterio alternativo el volumen de ventas de las empresas participantes³¹⁹.

3.2 Autoridades encargadas de la aplicación de la LDC

La aplicación de la legislación de competencia en España está encomendada a una pluralidad de órganos administrativos: el Tribunal y el Servicio de Defensa de la Competencia.

La competencia para conocer de los ilícitos *antitrust* es privativa del TDC, sin perjuicio de la revisión judicial de sus decisiones en vía contencioso-administrativa. No obstante, el Tribunal no es competente para pronunciarse sobre las consecuencias civiles, penales y laborales derivadas de la infracción de la LDC, que han de ser resueltas por la jurisdicción ordinaria³²⁰. Conviene recordar que el sistema vigente deberá ser profundamente revisado si prospera la propuesta de Reglamento de aplicación comunitario que permite a los tribunales ordinarios aplicar íntegramente las prohibiciones de los artículos 81 y 82 del Tratado CE.

Además, el régimen actual también ha de ser modificado, en este caso mucho más a corto plazo, como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999 que declaró inconstitucional la expresión "*en todo o en parte del territorio nacional*" contenida en diversos preceptos de la LDC, porque desconoce las

³¹⁸ Vid. J. COSTAS COMESAÑA, *ADI*, vol. 20, 1999, p. 1422-23.

³¹⁹ Vid. M. ODRIOZOLA, *ECLR*, vol. 20, 199, p. 342.

³²⁰ Al respecto, el artículo 13 LDC establece la necesidad de que haya recaído resolución administrativa firme antes de poder emprender ante el juez correspondiente la acción para reclamar la acción por daños y perjuicios, lo cual obliga a las empresas a tener que esperar hasta unos diez años antes de poder exigir una compensación económica.

competencias ejecutivas de la legislación estatal atribuidas a algunas Comunidades Autónomas en sus Estatutos de Autonomía³²¹.

Pese a esta declaración de inconstitucionalidad, el alto tribunal estimó que debía mantenerse la vigencia de dichos preceptos hasta que el legislador promulgase una nueva Ley acorde con los parámetros enunciados en la sentencia³²². En la actualidad, se encuentra sometido a debate en el Parlamento el *Proyecto de Ley sobre coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia*³²³. La propuesta atribuye al Estado competencias sobre las prácticas restrictivas que puedan alterar la libre competencia *en un ámbito supra-autonómico o en el conjunto del mercado*³²⁴. Es evidente que la nueva Ley entraña un cambio significativo en el sistema de aplicación de la LDC, toda vez que las C.C.A.A. podrán acordar la creación de autoridades de competencia autonómicas cuyas relaciones con el poder central se guiarán por el contenido de esta disposición³²⁵.

³²¹ Pleno, Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de noviembre de 1999.

³²² Por tanto, "el fallo traslada a la futura Ley la resolución del problema central que plantea el ejercicio de las competencias ejecutivas en materia de competencia, esto es, determinar cuándo es preciso que intervengan los órganos estatales en garantía de la unidad del mercado nacional", J. TORNO MÁS, *Anuario de la Competencia 1999*, p.119.

³²³ Vid. BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, 29 de junio de 2001, Serie A, núm. 40-1.

³²⁴ Artículo 1 del Proyecto de Ley. En otras palabras, "las Comunidades Autónomas con competencias en materia de comercio interior tendrán competencia para ejecutar en su territorio la legislación estatal de defensa de la competencia siempre que, y sólo cuando, las conductas que persigan agoten sus efectos en su propio territorio", S. MARTÍNEZ LAGE, *GJCE*, núm. 205, 2000, p. 7.

³²⁵ Acerca de las autoridades de competencia autonómicas, J. COSTAS COMESAÑA (*ADI*, vol. 20, 1999, p. 454) señala que necesariamente habrán de ser autoridades administrativas dado que la LDC ha optado por excluir la aplicación judicial del Derecho *antitrust* y las normas de tipo procesal son de competencia estatal exclusiva. Sin embargo, en opinión de este autor las C.C.A.A. gozarán de una amplia autonomía en lo relativo a su adscripción orgánica, estructura, composición y funcionamiento.

II. APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA EN EL SECTOR BANCARIO

1. Banca y *antitrust* en los Estados Unidos

1.1 Aplicabilidad del Derecho *antitrust* a la banca

En los Estados Unidos, los bancos han mantenido históricamente una relación especial con el Derecho *antitrust*. Hasta bien entrada la década de los cuarenta, existía el convencimiento de que las normas de competencia no eran aplicables en el sector bancario debido, por una parte, al peculiar marco regulatorio en el que se desenvolvía su actividad y, por otra, a la importancia que se daba a la idea de que la competencia entre entidades podría poner en riesgo la solvencia del sistema.

En primer lugar, las posibilidades de competencia entre las entidades de crédito han estado tradicionalmente condicionadas por la presencia de regulaciones sectoriales en materia de precios, establecimiento de sucursales, etc. Cuando existe una extensa regulación de la actividad bancaria –tanto de naturaleza federal como estatal– la competencia no constituye el único factor que determina la estructura del mercado y los parámetros de conducta de las empresas participantes. En el pasado, la regulación de un mercado se traducía en una tímida aplicación de las normas *antitrust* como ocurrió en el caso de la banca³²⁶, si bien con el paso del tiempo se fue consolidando la idea de que las normas de competencia debían aplicarse siempre, salvo que pusiesen en peligro los objetivos expresos perseguidos con la regulación³²⁷.

³²⁶ “Dado que la banca estaba fuertemente regulada (...) la aplicación del Derecho *antitrust* a la banca constituye un fenómeno relativamente reciente”, D. BAKER/ R. BRANDEL, *The Law of EFT*, ¶ 22.01.

³²⁷ Vid. L. SULLIVAN, *Antitrust*, p. 746.

Además, la normativa aplicable a la banca norteamericana somete a las entidades de crédito a la supervisión de diversas autoridades sectoriales. Así, los bancos estatales son supervisados por las autoridades del Estado en el que se haya constituido, los bancos federales deben rendir cuentas ante la *Office of the Comptroller of the Currency* (OCC), mientras que los bancos pertenecientes al sistema de la Reserva Federal son responsables ante el *Federal Reserve Bank (the Fed)*. La subordinación a unas autoridades específicas que, como se verá a continuación, tenían incluso algunas competencias en materia *antitrust*, también contribuyó a extender la idea de que la banca era un sector especial excluido del ámbito de aplicación de las normas de competencia³²⁸.

El segundo factor que en esta primera etapa inducía a pensar que la banca quedaba al margen del Derecho *antitrust*, era la continua tensión que existía –y en parte todavía hoy subsiste– entre competencia de entidades de crédito, de un lado, y mantenimiento de la solvencia y seguridad del sistema bancario en su conjunto, de otro³²⁹. En efecto, existe la preocupación de que una competencia excesiva entre entidades pueda traducirse en créditos demasiado arriesgados o tipos de interés demasiado bajos, con el consiguiente riesgo de quiebra de algunas entidades³³⁰. Dadas las peculiaridades del negocio bancario, la quiebra de un banco puede afectar a la credibilidad del conjunto del sistema y arrastrar a todos los demás³³¹. En estas condiciones, se veía con recelo la implantación de una competencia efectiva entre bancos, si bien en la actualidad se estima que el riesgo que suponen los pánicos

³²⁸ Vid. D. GIFFORD/ L. RASKIND, *Federal Antitrust Law*, p. 475-76.

³²⁹ Vid. B. SHULL, *Antitrust Bull.*, vol. 41, 1996, p. 284. En este sentido, B. SHULL y G. HANWECK (*J. Reprints*, vol. 27, 1997, p. 6) afirman que “el punto de vista tradicional de los gobiernos respecto de la competencia entre bancos ha sido que ésta resulta dañina para su solvencia”.

³³⁰ Vid. L. WHITE, *Antitrust Bull.*, vol. 41, 1996, p. 329-30.

³³¹ Sin embargo, como señala C. FELSENFELD (*Banking Regulation*, p. 69 y ss.), hoy el fenómeno de los pánicos bancarios es bastante infrecuente por la existencia del fondo de garantía de depósitos federal. Para una explicación del fenómeno, vid. J. MACEY/ G. MILLER, *Banking Law and Regulation*, p. 53 y ss.

bancarios (*bank runs*) se puede afrontar mejor con una normativa cautelar que les obligue a conservar siempre un porcentaje de sus depósitos y a responder conjuntamente frente a posibles insolvencias mediante la creación de fondos de garantía de depósitos³³².

El Tribunal Supremo puso fin a esta situación en una sentencia de 1944 en la que, indirectamente, se declaraba que la actividad bancaria estaba sometida a los dictados de las normas de competencia. En concreto, en el caso *South-Eastern Underwriters Association*, el alto tribunal declaró que la actividad aseguradora debía considerarse *comercio* en el sentido de la *Sherman Act*, por lo que cabía concluir que la legislación *antitrust* federal resultaba aplicable a los seguros³³³. La doctrina estimó que, por extensión, las demás instituciones financieras que prestaban servicios en el mercado también debían someterse a la *Ley Sherman*³³⁴.

A partir de la sentencia, el Departamento de Justicia comenzó a investigar los acuerdos de precios entre bancos y otras instituciones financieras³³⁵. A pesar de estos esfuerzos iniciales, la doctrina señala que, hasta la década de los sesenta, la fijación de precios y el reparto de mercados seguía siendo una práctica habitual entre los bancos norteamericanos³³⁶.

³³² Ello permite afirmar que, hoy en día, la preocupación de la doctrina económica gira más en torno a las alteraciones de la conducta de los bancos como consecuencia de tener asegurados sus depósitos por el fondo federal (*moral hazard*), antes que en torno a la noción de competencia excesiva. Vid. L. WHITE, *Contemp. Pol. Issues*, vol. 10, 1992, p. 104 y ss.

³³³ *United States v. South-Eastern Underwriters Association*, 322 U.S. 533 (1944). Conviene advertir, no obstante, que en respuesta a la sentencia, el Congreso promulgó la *McCarran-Ferguson Act* en 1945 (15 U.S.C. ¶ 1011 y ss.), por la cual se excluye expresamente a la actividad aseguradora del ámbito de aplicación de la *Sherman Act* por ser una materia de competencia estatal.

³³⁴ Vid. B. SHULL, *Antitrust Bull.*, vol. 41, 1996, p. 262.

³³⁵ Vid., por ejemplo, el caso *United States v. Chicago Mortgage Bankers Association*, 123 F. Supp. 251 (N.D. Ill., 1954).

³³⁶ Vid. G. FISCHER (*American Banking Structure*, p. 251-53), quien hace referencia a un folleto de una asociación bancaria de 1963 en el que se afirma lo siguiente: "En interés de la uniformidad de los servicios que le prestamos, los bancos (...) se han puesto de acuerdo sobre los tipos, comisiones y prácticas establecidas en este folleto. Esperamos que los encuentre equitativos".

La confirmación definitiva de la aplicación del Derecho de la competencia vino de la mano de la célebre sentencia *Philadelphia National Bank* de 1963, en la que el Tribunal Supremo declaró que el artículo 7 de la *Clayton Act* resultaba aplicable a las concentraciones bancarias³³⁷. Tres años antes, el Congreso había aprobado la *Bank Merger Act* que establecía un complejo sistema de control previo de las fusiones bancarias por parte de las distintas agencias encargadas de supervisar a los bancos norteamericanos³³⁸. En los años siguientes a su aprobación, se plantearon numerosos conflictos entre las distintas agencias, hasta el punto que el Departamento de Justicia recurrió algunas fusiones aprobadas previamente por las agencias bancarias. Tales controversias fueron definitivamente zanjadas por esta sentencia, en la que el Tribunal Supremo declaró que, pese a las reformas legislativas realizadas por el Congreso, la *Clayton Act* seguía siendo aplicable al sector bancario³³⁹. Los autores coinciden en destacar la importancia que tuvo este pronunciamiento porque venía a confirmar categóricamente que el sector bancario estaba sometido a los dictados del Derecho *antitrust*³⁴⁰.

En definitiva, en la actualidad existe unanimidad en la doctrina y la jurisprudencia en el sentido de que la actividad bancaria no goza de ninguna excepción en materia *antitrust*³⁴¹. Sin embargo, aún hoy la aplicación del Derecho de la

³³⁷ *United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321 (1963).

³³⁸ 12 U.S.C. § 1828 y ss.

³³⁹ Como señala G. FISCHER (*American Banking Structure*, p. 286-92), la decisión del Tribunal Supremo puede considerarse sorprendente ya que la intención del Congreso cuando aprobó la Ley de Fusiones Bancarias en 1960 era precisamente excluir la aplicación del Derecho *antitrust* en este ámbito. En parecidos términos, E. LUDWIG, (*Antitrust Bull.*, vol. 41, 1996, p. 476) afirma que “*contrariamente a la creencia general, el Tribunal Supremo concluyó que las fusiones bancarias estaban sometidas al artículo 7 de la Clayton Act*”.

³⁴⁰ Vid. D. BAKER/ R. BRANDEL, *The Law of EFT*, ¶ 22.01. En este sentido, D. BAKER (*FRB St. Louis Rev.*, vol. 5, 1995, p. 345) destaca el siguiente párrafo de la sentencia: “*el hecho de que se trate de una industria altamente regulada y fundamental para la riqueza del país no quiere decir que la competencia sea menos importante, sino aún más si cabe*”.

³⁴¹ Vid. P. AREEDA/ H. HOVENKAMP, *Antitrust Law*, ¶ 251f.

competencia en la banca adolece de ciertas particularidades como se expone en las páginas siguientes.

1.2 Particularidades del Derecho *antitrust* en el sector bancario

En la actualidad, el enjuiciamiento *antitrust* de los bancos en los Estados Unidos presenta dos importantes especialidades en materia de control de concentraciones y de prohibición de contratos vinculados (*tying contracts*).

Por lo que atañe al control de concentraciones, las normas bancarias estadounidenses imponen a las respectivas agencias bancarias la obligación de supervisar los posibles efectos anticompetitivos de las fusiones y adquisiciones de entidades de crédito³⁴². A diferencia de la *Sherman Act* y la *Clayton Act*, las leyes bancarias permiten autorizar las fusiones anticompetitivas cuando los efectos anticompetitivos resulten claramente compensados por los intereses y necesidades de la comunidad que la fusión protege y satisface³⁴³. El Departamento de Justicia también puede intervenir para bloquear una fusión bancaria mediante la presentación de una demanda judicial ante un tribunal federal en los treinta días siguientes a su aprobación por parte de la correspondiente autoridad bancaria³⁴⁴.

El test aplicable a las fusiones bancarias según la normativa específica no difiere substancialmente del previsto por el artículo 7 de la *Clayton Act*, con la mencionada

³⁴² Las tres principales leyes aplicables a las fusiones bancarias son: 1) *Bank Merger Act* (12 U.S.C. § 1828[c]) que regula las fusiones y adquisiciones entre entidades de crédito; 2) *Bank Holding Company Act* (12 U.S.C. § 1842) que se ocupa de las adquisiciones de un banco por parte de un holding; y 3) *Change and Bank Control Act* (12 U.S.C. § 1817[j]) que resulta aplicable a las adquisiciones de bancos por parte de particulares. Como advierten H. JACKSON y E. SYMONS (*Regulation of Financial Institutions*, p. 87), la decisión última acerca de la ley aplicable dependerá del modo en que se estructure la transacción.

³⁴³ 12 U.S.C. § 1828(c) y 1842(c). Sobre la citada excepción legal *vid.*, en la doctrina española, C. FERNÁNDEZ-NOVOA, *Homenaje al prof. Verdera*, p. 739 y ss.

³⁴⁴ 12 U.S.C. § 1828(c) (7) (A)-(B).

excepción relativa a los *intereses y necesidades* de la comunidad³⁴⁵. A pesar de que existen diferencias entre las distintas agencias, se mantienen numerosos cauces de cooperación entre ellas, como lo demuestra la publicación conjunta por el Departamento de Justicia, la Reserva Federal y la OCC de unas *Bank Merger Screening Guidelines* en 1994³⁴⁶.

En relación con la prohibición de contratos vinculados, los bancos también se encuentran sometidos a un régimen especial dado que el artículo 106 de la *Bank Holding Company Act* prohíbe a las entidades de crédito subordinar la prestación de un servicio a la aceptación por el cliente de otro producto o servicio adicional³⁴⁷. La principal razón esgrimida para aprobar este precepto radica en la necesidad de controlar el poder excesivo de los bancos como consecuencia de la progresiva ampliación de las actividades permitidas a la banca³⁴⁸.

Aunque una cláusula de este tipo también está prohibida por las normas *antitrust*, en el caso de la banca dicha prohibición resulta más estricta ya que no es necesario probar que la entidad tiene *market power* en el mercado del producto principal (*tying product*), ni tampoco que la cláusula pueda tener efectos negativos sobre el mercado del producto vinculado³⁴⁹.

³⁴⁵ Vid. B. HAWK, *Antitrust and Market Access*, p. 28.

³⁴⁶ En efecto, es frecuente que las distintas agencias bancarias utilicen los criterios establecidos por las agencias *antitrust* federales en sus directrices sobre fusiones horizontales, P. AREEDA/ H. HOVENKAMP, *Antitrust Law*, ¶ 251f. Para una visión más exhaustiva de la cooperación entre agencias y el test aplicable a las fusiones bancarias vid. el informe preparado para la OECD por el miembro del *staff* del Departamento de Justicia D. ROZANSKI (*Merger in Financial Services*, p. 231 y ss.).

³⁴⁷ 12 U.S.C. § 1971-1978.

³⁴⁸ Vid. B. SHULL, *Antitrust Bull.*, vol. 38, 1993, p. 860. No obstante, algún autor señala que los contratos vinculados no tienen los mismos efectos negativos en la banca que en otros sectores económicos y que su prohibición choca, además, con la tradición del sector pues cuando los precios estaban fijados por vía reglamentaria, era frecuente competir con los clientes mediante el ofrecimiento de algún servicio adicional de manera gratuita (B. DRAVIS, *Ann. Rev. Banking L.*, vol. 5, 1986, p. 228 y ss.).

³⁴⁹ Vid. M. MALLOY, *Bank Regulation*, p. 138 y ss.

1.3 Principales focos de atención en el sector del crédito

De lo hasta aquí expuesto se desprende que el Derecho de la competencia se aplica en el sector del crédito y, por lo tanto, que las prácticas bancarias tendentes a fijar los precios de los servicios, repartir los mercados o excluir a los competidores se consideran, en principio, ilegales en virtud del artículo 1 de la *Sherman Act*. De esta manera, como en cualquier otro sector económico, las autoridades *antitrust* investigarán y sancionarán cualquier intento de establecer en común los tipos de interés de los préstamos, dividir el mercado con criterios geográficos o de productos, o desplazar concertadamente a los rivales incómodos.

Aceptando este punto de partida, es preciso señalar que el análisis *antitrust* en la banca ha de adaptarse a las peculiaridades del sector, que se caracteriza por la importancia que tiene la colaboración empresarial para la prestación eficiente de numerosos servicios bancarios³⁵⁰.

A partir de los años setenta y ochenta, los economistas comenzaron a advertir que la cooperación entre competidores constituía un rasgo distintivo de algunos sectores económicos, denominados *network industries*, y que ello tenía importantes consecuencias para el análisis económico del mercado³⁵¹. En términos generales, se considera que gozan del rasgo *network* los productos o servicios que reúnen las siguientes características: 1) la utilidad que cada persona obtiene de ellos aumenta a medida que los consume más gente y 2) la tecnología empleada por una empresa para elaborarlos depende de la tecnología que utilicen el resto de los participantes en el

³⁵⁰ "La complejidad competitiva de los sistemas de pagos aumenta por el hecho de que sus miembros son competidores directos en la venta del producto común a los consumidores y a los establecimientos comerciales. (Sus miembros) compiten y, al mismo tiempo, cooperan en muchos aspectos", D. BAKER, *Banking Pol'y Rep.*, vol. 15, 1996, p. 16.

³⁵¹ Vid. M. KATZ/ C. SHAPIRO, *Am. Econ. Rev.*, vol. 75, 1985, p. 424 y ss.

mercado³⁵². Un ejemplo paradigmático de lo que la doctrina económica denomina *network industry* es la red de teléfonos, en la que se aprecia que cuanto más gente tenga un terminal conectado al sistema, mayor será el número de personas a las que cualquier miembro de la red podrá llamar, con el consiguiente aumento de la utilidad que cada uno obtiene de su teléfono. Paralelamente, las empresas que participan en el mercado ofertarán líneas y conexiones compatibles con las de las empresas rivales, con el fin de ofrecer a sus clientes el valor añadido de poder comunicarse con el resto de los usuarios.

La existencia de estas fuertes externalidades asociadas a la colaboración empresarial y al aumento de la masa de usuarios hace que se plantean nuevos retos para el enjuiciamiento *antitrust* de los acuerdos entre competidores en esta clase de industrias. Las cuestiones más comunes que se plantean en este marco hacen referencia a 1) las normas comunes sobre compatibilidad de las tecnologías empleadas por los participantes en la red; 2) la regulación de las condiciones de acceso de futuros miembros y 3) la fijación colectiva de los precios de los servicios prestados dentro del sistema³⁵³.

Este fenómeno tiene una destacada importancia en el sector bancario dado que la doctrina estima que numerosos servicios bancarios —particularmente, los modernos sistemas de pagos electrónicos— reúnen las características de las *network industries*³⁵⁴. En efecto, las redes de tarjetas de crédito aumentan su valor para los establecimientos comerciales a medida que las utilizan más clientes y, por otro lado, la utilidad para los

³⁵² M. KATZ/ C. SHAPIRO, *Antitrust in software markets*, p. 2.

³⁵³ Vid. J. McANDREWS, *FRB Philadelphia— Bus. Rev.*, 1997, p. 17 y ss.

³⁵⁴ Como señala M. CLARKE (*Ann. Rev. Banking L.*, vol. 16, 1997, p. 186), “la mayoría de las redes que suministran productos y servicios bancarios electrónicos se caracterizan por sus externalidades, en cuya virtud el valor del producto o servicio aumenta con el número de usuarios”. Ello lleva a J. McANDREWS, (*FRB Philadelphia— Bus. Rev.*, 1997, p. 22) a afirmar que “para tener éxito, los sistemas de pagos (...) deben tener una amplia aceptación”.

clientes aumenta cuantos más establecimientos se adhieren a la red³⁵⁵. A su vez, los cajeros automáticos se consideran un servicio bancario que goza de fuertes externalidades dado que el valor de la tarjeta de cajero aumenta considerablemente a medida que se multiplica el número de terminales desde los que poder retirar dinero³⁵⁶.

Por supuesto, es posible que una sola entidad de crédito posea una red de tarjetas o de cajeros suficientemente grande como para prestar un servicio eficaz a sus clientes. Sin embargo, la solución más eficiente consiste en compartir los cajeros automáticos o los terminales electrónicos de las tarjetas de crédito, pues con ello se multiplica exponencialmente el valor de la red, sin el consiguiente aumento de costes asociados al establecimiento y mantenimiento de los terminales³⁵⁷. El incremento de la eficiencia vinculado al aumento del tamaño de la red hace que las redes bancarias presenten rasgos de monopolio natural³⁵⁸.

En estas condiciones, las agencias *antitrust* han adoptado una visión favorable respecto de los acuerdos interbancarios destinados a crear y mantener redes comunes de

³⁵⁵ Vid. D. McGOWAN, *J. Corp. L.*, vol. 24, 1999, p. 506; y A. FRANKEL, *Antitrust L. J.*, vol. 67, 1999, p. 385. Como señala T. PIRAINO (*Hastings L. J.*, vol. 47, 1995, p. 55), "debido a su aceptación universal, las tarjetas de crédito Visa y Mastercard son particularmente útiles para los clientes" (vid., en similares términos, otro trabajo posterior del citado autor en *Nw. U. L. Rev.*, vol. 93, 1998, p. 43 y ss.).

³⁵⁶ Vid. W. PRATT/ J. SONDA/ M. RASCANELLI, *Bus. Law.*, vol. 52, 1997, p. 537. Sin embargo, M. LEMLEY y D. McGOWAN (*Cal. L. Rev.*, vol. 86, 1998, p. 507 y ss.) advierten que las externalidades son menores en el caso de los cajeros automáticos pues siempre llega un momento en el que, debido al elevado número de cajeros existentes en una zona geográfica, el establecimiento de un nuevo terminal ya no aporta ningún valor adicional a los usuarios.

³⁵⁷ En otras palabras, en este tipo de industrias "la fabricación y distribución de los productos en común es más eficiente que si se realiza por cada empresa de manera individual" (H. HOVENKAMP, *Colum. Bus. L. Rev.*, 1995, p. 11-12). Por este motivo, a comienzos de la década de los ochenta, D. CARLTON y M. KLAMER (*U. Chi. L. Rev.*, vol. 50, 1983, p. 463) predecían acertadamente que "las consideraciones sobre costes estimularán que las instituciones (financieras) se planteen compartir sus redes de recursos".

³⁵⁸ Vid. H. SCOTT, *Harv. L. J.*, vol. 91, 1978, p. 786. En la doctrina económica, se entiende que existe un *monopolio natural* cuando la solución más eficiente consiste en un suministrador único del producto o servicio considerado. Por ello, algunos autores entienden que no tiene sentido que el Derecho *antitrust* se utilice como un instrumento para mantener la competencia entre las redes bancarias y, en su lugar, abogan por un sistema de grandes redes bancarias (o incluso una única red) controladas directamente por el poder público (J. KONVISSER, *Harv. J. L. & Tech.*, vol. 10, 1997, p. 321 y ss.).

servicios bancarios³⁵⁹. Ahora bien, a pesar de esta buena disposición inicial, las preocupaciones desde el punto de vista de la competencia giran, como en el caso de cualquier sector económico de estas características, en torno a la fijación de estándares comunes, la discriminación en el acceso a las redes o el establecimiento de los precios de los servicios comunes³⁶⁰.

De estos tres problemas fundamentales, el presente trabajo se centra en el análisis de los acuerdos de fijación de precios porque se trata de uno de los asuntos que tradicionalmente ha captado una mayor atención en la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas y que, al mismo tiempo, ha tenido mayor repercusión en la práctica de las autoridades de competencia tanto comunitarias, como españolas. Además, estimamos que se trata de un tema particularmente interesante si se tiene en cuenta que la fijación colectiva de los precios, a pesar de que a primera vista parece contradecir los principios básicos del Ordenamiento *antitrust*, como se verá más adelante constituye hoy una práctica generalmente aceptada por las autoridades de competencia a ambos lados del Atlántico.

2. Los bancos y la política de competencia comunitaria

2.1 Aplicabilidad de Derecho de la competencia a la banca

Las entidades de crédito desempeñan un papel esencial en la economía moderna en tanto que ponen en contacto a los ahorradores con los demandantes de crédito, aceptando dinero de quienes desean ahorrar, para prestárselo a consumidores, empresas y gobiernos que lo necesitan. Cuando día a día se realiza en el tráfico mercantil una operación financiera, los bancos gestionan nuestro dinero con eficacia, seguridad y

³⁵⁹ "Las agencias antitrust tienen una buena disposición acerca de la creación de redes porque reconocen el valor de las externalidades de la red", P. DENIS, *Banking Pol'y Rep.*, vol. 15, 1996, p. 4.

³⁶⁰ *Vid.* P. DENIS, *Banking Pol'y Rep.*, vol. 15, 1996, p. 4.

comodidad³⁶¹. Por este motivo, la Comisión considera que *los bancos constituyen el aceite que lubrica los rodajes de la economía europea*³⁶². En estas condiciones, resulta sumamente conveniente que la actividad bancaria se lleve a cabo de conformidad con los principios de libre competencia, pues se considera que ello conlleva una optimización de los recursos y mayor eficiencia.

Con carácter general, puede afirmarse que la Comisión Europea ha defendido siempre el principio de aplicabilidad universal de las normas comunitarias de competencia, salvo en aquellos sectores en los que el Tratado CE dispone expresamente lo contrario (señaladamente, el caso de la agricultura)³⁶³. Mas no cabe desconocer que constituye una aspiración natural de todos los sectores económicos pretender escapar de las reglas generales del libre mercado³⁶⁴. Así ha sido también en el caso del sector bancario que de hecho permaneció al margen del juego de la libre competencia durante largo tiempo. Aunque formalmente las normas comunitarias *antitrust* le eran aplicables desde su promulgación, fue necesario esperar hasta comienzos de la década de los ochenta para ver afirmado por primera vez el principio de aplicabilidad de la legislación de competencia a la banca³⁶⁵. La doctrina coincide en señalar que dicho retraso fue debido, en buena medida, a las especiales características del mercado bancario³⁶⁶, en el que la libertad de actuación de los operadores estaba condicionada tanto por la existencia de una profusa regulación de la actividad crediticia, como por la interrelación que se daba entre la banca y la política económica de los Estados miembros³⁶⁷.

³⁶¹ Vid. D. FRIEDMAN, *Money & Banking*, p. 48 y ss.

³⁶² Vid. Nota de Prensa IP/91/520, de 5 de junio de 1991.

³⁶³ Vid. PAPPALARDO, *Le secteur bancaire*, p. 79.

³⁶⁴ Vid. J. F. BELLIS (*Mélanges Jean Pardon*, p. 4), quien señala “que toda empresa, que todo sector económico intente, en la medida de lo posible, sustraerse de una reglamentación estatal, sea cual sea su naturaleza, responde a una aspiración natural”.

³⁶⁵ Vid. H. PIFFAUT, *L'observateur*, núm. 21, 1997.

³⁶⁶ Vid. J. F. PONS, *Politique de concurrence*, s/p.

³⁶⁷ La aplicabilidad del Derecho de la competencia a la banca ha sido históricamente cuestionada con fundamento en numerosos argumentos de mayor o menor calado. Cabe recordar los siguientes: 1) los

2.1.1 La posición del Tribunal de Justicia

A pesar de las dudas suscitadas acerca de la aplicabilidad del Derecho *antitrust* en el sector financiero, el Tribunal de Justicia emitió dos sentencias en las que puso fin a la polémica al declarar que ninguno de los argumentos reseñados anteriormente, bastaba para excluir la aplicación de los artículos 81 y 82 CE en el sector³⁶⁸.

En primer lugar, en el asunto *seguro de incendio*, se afirma implícitamente que la aplicación del Derecho de la competencia es perfectamente compatible con la existencia de regulación de carácter preventivo³⁶⁹. Durante la tramitación del asunto, las entidades de seguros afectadas alegaron que las particularidades del sector habían hecho necesario adoptar normativas sectoriales que condicionaban el juego de la competencia en el mercado. En particular, la legislación alemana establecía un régimen especial de supervisión y acceso a la actividad aseguradora, al tiempo que preveía una normativa especial para la aplicación del Derecho de la competencia. Pues bien, el Tribunal de Luxemburgo concluyó que en ausencia de norma específica en el plano comunitario, la existencia de normas sectoriales de ámbito nacional no era suficiente para excluir la aplicación del régimen general de competencia previsto en el Tratado CE³⁷⁰. Debe entenderse que el citado pronunciamiento del TJCE puede aplicarse también a la banca, dada la similitud de argumentos empleados por las entidades de seguros y de crédito para excluir la aplicación plena de las normas de competencia a sus respectivos sectores económicos³⁷¹.

bancos no son empresas en el sentido del artículo 81 TCE; 2) en el mercado bancario no existe competencia; 3) la legislación *antitrust* no se aplica a los servicios; y 4) las conductas de los bancos no afectan al comercio entre los Estados miembros (*vid.*, con carácter general, L. C. UBERTAZZI, *La concorrenza bancaria*, p. 143 y ss.; y *Concorrenza e norme bancarie uniformi*, p. 42 y ss.).

³⁶⁸ *Vid.* L. RITTER/ W. BRAUN/ F. RAWLINSON, *EEC Competition Law*, p. 578.

³⁶⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 enero 1987, asunto 45/85–*Verband der Sachversicherer v. Comisión*, Rec. 1987, p. 405 y ss.

³⁷⁰ *Vid.*, con carácter monográfico, A. FITZSIMMONS, *Insurance Competition Law*.

³⁷¹ *Vid.* M. DASSESE/ S. ISAACS/ G. PENN, *EC Banking Law*, p. 269.

En segundo lugar, tampoco la realización de tareas vinculadas a la política económica de los Estados miembros puede justificar que la banca escape al control de las autoridades *antitrust*. En la célebre sentencia *Züchner*, el Tribunal de Justicia tuvo que responder a una cuestión prejudicial en la que se le planteaba si la percepción de una comisión uniforme en los cheques emitidos a la orden de un destinatario residente en el extranjero podía infringir los artículos 81 y 82 del Tratado CE³⁷². La entidad de crédito alemana denunciada, el *Bayerische Vereinsbank AG*, además de negar la existencia de cualquier concertación a la hora de fijar la tarifa controvertida, sostenía que en todo caso el artículo 81 CE no resultaba aplicable al caso por tratarse de un servicio de interés general en el sentido del artículo 86.2 CE³⁷³. Por su parte, la Comisión sostenía que los bancos debían considerarse empresas en el sentido del artículo 81 del Tratado y que la actividad encausada constituía una prestación de servicios que no debía substraerse del juego de la libre competencia³⁷⁴.

³⁷² Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 julio 1981, asunto núm. 172/80—*Gerhard Züchner c. Bayerische Vereinsbank AG*, Rec. 1981, p. 2021 y ss. Respecto de la sentencia, *vid.* V. KORAH, *ELR*, vol. 8, 1982, p. 226 y ss.; M. DASSESE, *CDE*, núm. 2-3, 1982, p. 294 y ss.; y C. GAVALDA, *RTDE*, núm. 4, 1982, p. 740 y ss.

³⁷³ *Vid.* p. 2025 y s. de la sentencia. La cuestión de fondo en este asunto atañe a una presunta práctica concertada de los bancos comunitarios consistente en la percepción de comisiones uniforme en las operaciones que implican una transferencia de fondos al extranjero. La entidad demandada basaba su defensa en que las normas *antitrust* no eran plenamente aplicables a la banca, con fundamento en el artículo 86.2 y en los antiguos artículos 104 y 105. Desde una perspectiva actual, interesa detenerse fundamentalmente en las consideraciones en torno al artículo 86.2, pues los argumentos esgrimidos sobre la necesidad de coordinar las políticas económicas y monetarias de los Estados miembros (antiguos artículos 104 y 105) han perdido hoy toda vigencia tras la constitución de la Unión Monetaria Europea. En este sentido, la entidad alemana entendía que, en virtud de la naturaleza particular de los servicios que prestan y del importante papel que desempeñan en las transferencias internacionales de capital, los bancos debían ser considerados empresas encargadas de la gestión de un servicio de interés económico general, de conformidad con el artículo 86.2 TCE, y por tanto que están sujetos a una aplicación matizada de las normas de competencia del Tratado. El artículo 86.2 del Tratado dispone que “*las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general (...) quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada*”.

³⁷⁴ *Vid.* p. 2027-28 de la sentencia.

El Tribunal de Justicia declaró que las normas de competencia son plenamente aplicables al sector bancario, sin que los bancos puedan considerarse –con carácter general– empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general en el sentido del artículo 86.2 CE³⁷⁵. La sentencia concluye que para que una entidad de crédito pueda beneficiarse del régimen especial previsto en el citado precepto, es necesario que la gestión del servicio de interés económico general le haya sido encomendada en virtud de un acto del poder público³⁷⁶. En consecuencia, cabe afirmar que la doctrina *Züchner* establece un principio general de aplicabilidad, que puede ser desvirtuado mediante la prueba en contrario de que el banco gestiona un servicio de interés público por decisión de las autoridades de los Estados miembros³⁷⁷.

2.1.2 Los servicios bancarios como servicios de interés general

De conformidad con la doctrina establecida por el TJCE en la sentencia *Züchner*, antes de poder concluir categóricamente que las normas de competencia del Tratado se aplican a la actividad bancaria, es preciso determinar qué servicios bancarios se estiman incluidos dentro de la categoría del artículo 86.2³⁷⁸.

³⁷⁵ Según la Comisión (*II Informe sobre la Política de Competencia [1972]*, párr. 59-61), la sentencia confirma la posición mantenida hasta entonces por ella, en el sentido de que las normas de competencia son aplicables al sector bancario.

³⁷⁶ En particular, en su célebre Fundamento de Derecho Séptimo, la sentencia afirma que “*si bien las transferencias de fondos de un Estado miembro a otro, realizadas por las instituciones bancarias, constituyen operaciones que entran dentro de su función propia, esto no es suficiente para otorgar a tales instituciones la condición de empresas en el sentido del artículo 90.2 del Tratado (hoy 86.2), a menos que pueda determinarse que al realizar dichas transferencias, los bancos gestionan un servicio de interés económico general del que hayan sido encargados por virtud de un acto del poder público*”.

³⁷⁷ Vid. J. BIANCARELLI, *Gaz. Pal.*, 1991, p. 248; y J. PALLARÉS AYALA, *RGD*, núm. 604-605, 1995, p. 567 y ss. En otras palabras, de la sentencia “*se deriva que la prestación del servicio de transferencia de ciertos fondos podría ser un servicio de interés económico general*”, F. BLUM/ A. LOGUE, *State monopolies under EC law*, p. 24.

³⁷⁸ Vid. M. BOTANA AGRA (*Homenaje al prof. Verdura*, p. 359), quien considera que el Tribunal ha dejado en la nebulosa el punto fundamental de si los servicios bancarios (o cuáles de ellos) constituyen o no servicios de interés económico general.

Un repaso de las decisiones adoptadas por la Comisión permite comprobar que son escasos los supuestos en los que se ha planteado en el pasado si ciertas actividades bancarias implican la prestación de servicios de interés económico general³⁷⁹. No obstante, debe recordarse que en la primera decisión importante de la Comisión en el sector bancario se discutió si los servicios prestados tenían interés económico general, si bien la Comisión concluyó que el artículo 86.2 CE no era aplicable porque se trataba de un sistema creado por iniciativa de entidades privadas a las que en ningún momento se les había encargado la gestión de un servicio de interés económico general³⁸⁰. En la mayoría de los asuntos posteriores las partes desistieron de plantear este argumento en su defensa³⁸¹.

En junio de 1998 la Comisión emitió un informe en el que se examinan los posibles casos de servicios bancarios incluidos en el citado precepto³⁸². A partir de las informaciones remitidas por los Estados miembros, la autoridad de competencia estima que existen tres tipos de actividades que deben ser estudiadas detenidamente: 1) la prestación de infraestructura financiera básica³⁸³; 2) la ejecución de ciertas tareas en

³⁷⁹ En efecto, como señala F. ECHEVARRÍA PORTELL (*CED*, núm. 2, 1989, p. 28), “*toda la actividad normal de la banca queda incluida dentro del campo de aplicación. Buscar ejemplos de servicios de interés económico general encargados en virtud de una acto público no parece fácil*”.

³⁸⁰ Decisión de la Comisión *Eurocheques-Acuerdo Package-Deal*, p. 29-30. *Vid. infra* el punto II del capítulo tercero.

³⁸¹ *Vid.* M. BOTANA AGRA, *Homenaje al prof. Verdura*, p. 359

³⁸² El Consejo Europeo reunido en Amsterdam en junio de 1997 adoptó una declaración sobre la compatibilidad de las normas de competencia con determinados servicios que prestan las entidades de crédito públicas en Alemania con financiación del Estado. Posteriormente Austria y Luxemburgo añadieron una declaración similar para las entidades semejantes de dichos países. Por este motivo, el Consejo solicitó a la Comisión que examinase si se daban casos similares en otros Estados miembros con objeto de aplicar, en su caso, los mismos criterios en casos similares (*vid. Bol. UE*, núm. 6, 1997, p. 8). La Comisión cumplió con este encargo en junio de 1998, mediante la adopción del informe *Services of General Economic Interest in the Banking Sector*, el cual fue presentado al Consejo ECOFIN en diciembre de ese mismo año.

³⁸³ Así, en Alemania y Austria las organizaciones de cajas de ahorros tiene asignada la misión de establecer una red de atención financiera que cubra todo el país. En Suecia, las autoridades obligan a una sucursal del servicio postal que presta servicios de crédito en las oficinas de correos, a ofrecer un sistema de pagos disponible en todo el país. El coste de tales servicios, que no puede ser cubierto por el mercado, es desembolsado por los Estados miembros. *Cfr.* el punto 3.1 del Informe.

nombre de los Estados miembros³⁸⁴; y 3) la obtención de fondos exclusivamente para un Estado miembro³⁸⁵. En todas ellas, la compatibilidad de los sistemas con el artículo 86.2 CE sólo puede establecerse mediante el análisis caso a caso de los supuestos planteados.

Finalmente, la cuestión de qué servicios bancarios constituyen servicios de interés económico general en el sentido del artículo 86.2 CE, se planteó también en el caso *TARGET*, con motivo de ciertas transferencias realizadas en el marco del sistema de pagos transfronterizos puesto en marcha por el Banco Central Europeo. Con carácter general, la Comisión afirma que no cabe excluir la aplicación del artículo 81.1 CE respecto de aquellas categorías de pagos en las cuales las partes implicadas desarrollan actividades económicas. Con apoyo en este principio, los servicios de competencia examinaron los tres tipos de transferencias efectuadas por medio de TARGET: 1) pagos directamente relacionados con la política monetaria, en los que interviene el BCE ya sea como ordenante o como beneficiario; 2) transacciones de arbitraje, a través de las cuales se liquidan las operaciones en el mercado monetario; y 3) pagos en los que participan los clientes de los bancos. La Comisión concluyó que sólo la primera categoría de pagos, aquéllos directamente relacionados con la política monetaria, podían ser considerados como instrumentos de dicha política que escapaban del control de las normas comunitarias de competencia³⁸⁶.

³⁸⁴ Varios Estados miembros informaron que los bancos desarrollan determinadas tareas que deben ser consideradas servicios de interés general. Entre otras, se citan las siguientes: 1) promoción de PYMES; 2) concesión de créditos a la exportación; 3) préstamos para viviendas sociales; 4) financiación municipal; 5) financiación de obras de infraestructura; y 6) desarrollo regional. La prestación de dichos servicios puede ser llevada a cabo tanto por entidades especializadas como por la generalidad de los bancos. La mayoría de estas entidades son de capital público, aunque pueden operar en régimen de Derecho público o privado. En la mayoría de los casos, los Estados miembros prestan apoyo financiero a las entidades para poder prestar dichos servicios. *Vid.* el punto 3.2 del Informe.

³⁸⁵ Algunas entidades tienen como finalidad exclusiva la obtención de fondos para los Estados miembros a través de operaciones normales en los mercados financieros. Con respecto a las mismas, la Comisión estima que el punto fundamental consiste en asegurar que los fondos obtenidos se dediquen a objetivos públicos, es decir, a fines no comerciales y no competitivos. *Vid.* el punto 3.3 del Informe.

³⁸⁶ *Vid.* XXVII Informe sobre la política de competencia [1997], p. 158. En contra de la opinión manifestada por la Comisión en este caso, algún autor entiende que las normas de competencia no resultan aplicables a cualquier actuación del Banco Central Europeo por cuanto éste desempeña una función pública con arreglo al Tratado CE. *Vid.* J. M. FERNÁNDEZ-MARTÍN, *ECLR*, vol. 22, 2001, p. 51 y ss.

En definitiva, es posible afirmar a modo de conclusión que el Derecho de la competencia comunitario se aplica con carácter general a la banca, salvo cuando excepcionalmente se acredite que las entidades de crédito prestan un servicio de interés económico general. Además, no cabe descartar que, en el futuro, las peculiaridades de la actividad bancaria puedan dar lugar a la adopción de una normativa específica en virtud del artículo 83.2 c) o, al menos, a la aprobación de un Reglamento de exención por categorías para determinados acuerdos entre bancos.

Como es sabido, el Tratado CE no contiene disposiciones específicas aplicables al sector bancario³⁸⁷. No obstante, en el artículo 83.2 c), se deja la puerta abierta para que el Consejo, a propuesta de la Comisión, pueda delimitar el ámbito de aplicación de las normas de competencia respecto de los distintos sectores económicos³⁸⁸. Aunque la posibilidad de utilizar esta vía para mitigar la legislación *antitrust* respecto de la banca se planteó seriamente en el pasado, especialmente durante los trabajos preparatorios del Reglamento 17/62³⁸⁹, lo cierto es que finalmente no se adoptó ninguna disposición en este sentido. Consiguientemente, en ausencia de regulación especial, rigen las normas generales³⁹⁰.

En segundo término, cabe plantearse la conveniencia de que se apruebe un reglamento de exención para determinadas categorías de acuerdos bancarios, de forma

³⁸⁷ Vid. H. LESGUILLONS/N. JALABERT, *Mélanges Jean Pardon*, p. 363.

³⁸⁸ Vid. J. PARDON, *RDAl*, núm. 1, 1990, p. 116; y B. SOUSI-ROUBI, *Droit bancaire européen*, p. 337, quien afirma "está claro que, en virtud de esta disposición, el artículo 85 (hoy 81) no tiene vocación de aplicarse a todos los sectores de la actividad económica, pues su campo de aplicación puede ser precisado por el Consejo a propuesta de la Comisión".

³⁸⁹ Ciertamente, como señala J. PARDON (*RDAl*, núm. 1, 1990, p. 116), durante los trabajos preparatorios del Reglamento 17/62, el Parlamento Europeo señaló la necesidad de que la Comisión propusiese al Consejo que delimitase el ámbito de aplicación de las normas de competencia en el sector financiero (banca y seguros). Finalmente, el Reglamento 17 fue promulgado sin disposiciones específicas sobre la banca, si bien se señala que sus normas no afectan a futuras iniciativas en virtud del artículo 83.2 C) CE.

³⁹⁰ Vid. L. RITTER/W. BRAUN/F. RAWLINSON, *EEC Competition Law*, p. 578.

similar a lo que ocurre en el sector seguros³⁹¹. En tanto que dicha medida no se lleve a cabo, los bancos están obligados a notificar los acuerdos que caigan dentro del ámbito de aplicación del artículo 81 CE³⁹². En relación con esta cuestión, conviene indicar que la Comisión ha analizado hasta el momento tan sólo una pequeña porción de los servicios que prestan los bancos³⁹³. En efecto, la Comisión ha adoptado siete decisiones formales en el sector bancario y todas ellas se refieren, básicamente, a las reglas de funcionamiento de ciertos sistemas de pagos. Además, en 1995, la Comisión adoptó una Comunicación sobre un sistema de pagos específico: las transferencias transfronterizas de crédito³⁹⁴. En definitiva, la ausencia de un Reglamento de exención para determinados acuerdos bancarios puede deberse a que la Comisión no tiene, respecto del sector bancario, la misma experiencia que tenía en el sector seguros cuando adoptó el correspondiente reglamento de exención³⁹⁵.

2.2 Principales focos de atención de las autoridades comunitarias

Una breve ojeada a los expedientes incoados por la Comisión, permite comprobar que también a este lado del Atlántico los acuerdos interbancarios para fijar los precios de los servicios han sido los que han levantado, y continúan levantando, una mayor controversia. A la hora de estudiar esta clase de acuerdos entre bancos, las autoridades de competencia comunitarias han mantenido una doctrina constante en cuya virtud se establece una distinción tajante entre, por una parte, pactos para fijar el precio

³⁹¹ Reglamento (CEE) 3932/92 de la Comisión, de 21 de diciembre de 1992, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector seguros, DOCE núm. L 398/1992, de 31.12.1992. Sobre el particular *vid.* en la doctrina española, C. ESTEVA, *BILAJ*, núm. 94, 1997; y M. J. GILLÉN FERRER, *RGD*, núm. 618, 1996, p. 2355 y ss.

³⁹² *Vid.* J. STEENBERGEN, *Le secteur bancaire*, p. 110 y ss.

³⁹³ *Vid.* L. GYSELEN, [1996] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 329.

³⁹⁴ *Vid.* M. NEGENMAN, *EU anti-trust law*, s/p.

³⁹⁵ *Vid.* L. GYSELEN ([1996] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 331), quien pone de manifiesto que aunque el número de decisiones adoptadas en uno y otro sector es similar, las resoluciones en materia de seguros afectan a servicios más numerosos y resuelven problemas de competencia más complejos.

de los servicios comunes (autorizables) y, por otro, acuerdos sobre los precios que han de pagar la clientela (prohibidos). Dentro de esta segunda categoría, los convenios sobre tipos de interés han levantado históricamente una especial controversia debido a su relación con las políticas monetarias de los estados miembros.

En el capítulo tercero se estudian las soluciones aportadas por las autoridades comunitarias que, como se verá, tienen muy presente las líneas marcadas por la doctrina y jurisprudencia norteamericanas al analizar casos semejantes.

3. Banca y competencia en España

3.1 Aplicabilidad de la LDC a la banca

En nuestro país, la Ley de Defensa de la Competencia no contiene ningún precepto que permita delimitar el ámbito de aplicación de la legislación *antitrust* en sectores específicos³⁹⁶. Por lo tanto, cabe afirmar que, al menos desde un punto de vista teórico, el Derecho español parte de un principio general de aplicabilidad de las normas de competencia en todos los ámbitos de la vida económica. En consonancia con este principio general, en el sector bancario se ha venido aplicando la LDC sin llegar nunca a plantearse formalmente la posibilidad de que se trate de un sector excluido de dicha normativa³⁹⁷.

Sin embargo, como se expone a continuación, la aplicación práctica del Derecho de la competencia a la banca en nuestro país ha estado históricamente condicionada no

³⁹⁶ Dicho de otro modo, no hay en la LDC ningún precepto equivalente al artículo 83.2 c) del Tratado CE.

³⁹⁷ Vid. R. ALONSO SOTO (*Il mercato unico*, p. 169.), quien señala que “la nueva legislación de defensa de la competencia ha venido siendo aplicada sistemáticamente al sector bancario sin que, en ningún momento, se haya planteado la cuestión de que podría tratarse de un sector que, por su regulación específica, quedaba al margen de dicha normativa”.

sólo por la escasa efectividad que tuvo la normativa anterior a la Ley de 1989, sino también por la existencia en el pasado de una fuerte regulación de la actividad bancaria.

3.1.1 Escasa aplicación de la Ley de Prácticas Restrictivas de 1963

Una de las principales razones que explican que no se llegase a plantear formalmente la aplicación de las normas *antitrust* a la banca española reside en la virtual ausencia de aplicación de la primera Ley de competencia de 1963³⁹⁸. Hasta la entrada de nuestro país en la Comunidad Europea, la legislación de competencia constituía un *cuerpo extraño* en la legislación española³⁹⁹ cuya falta de virtualidad práctica se puso de manifiesto no sólo en el sector del crédito, sino también en el conjunto de actividades de la economía española⁴⁰⁰.

Así las cosas, es evidente que la aplicabilidad teórica del Derecho *antitrust* al sector bancario no llegó a suscitarse en el plano interno simplemente porque cuando los primeros asuntos en este ámbito llegaron a conocimiento del Tribunal de Defensa de la Competencia en la década de los noventa, hacía ya tiempo que las autoridades comunitarias habían resuelto el problema.

³⁹⁸ Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia (B.O.E., núm. 175, de 23 de julio).

³⁹⁹ La Ley de 1963 incorporaba paradójicamente a nuestro Derecho los preceptos de competencia del Tratado de Roma, en unas fechas en las que España no formaba parte de la Comunidad. Este hecho motivó que autores tan relevantes como el profesor GARRIGUES (*La defensa de la competencia mercantil*, p. 38) estimasen que la Ley representaba un uniforme foráneo *cortado por sastres extranjeros*.

⁴⁰⁰ La instauración de un sistema *antitrust* en una economía española como la de entonces dominada por el poder público estaba llamada al fracaso. Como afirma J. E. SORIANO GARCÍA (*Derecho público de la competencia*, p. 273), “*crear instrumentos pro libertate sin creer en la libertad es un contrasentido absoluto (...) La libertad de empresa opera exclusivamente en un contexto de libertades. Y la potenciación de las autoridades de competencia solamente puede realizarse y germinar en un contexto también de libertad. El injerto de un sistema de libertad, dentro de un tronco que no lo era, no podría dar buenos frutos*”. En esta línea F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (*Precios predatorios*, p. 61) señala que la falta de aplicación de la Ley no se debía a sus defectos intrínsecos, sino a la *mentalidad* de las autoridades encargadas de aplicarla.

3.1.2 La regulación de las comisiones y los tipos de interés en España

Además de la ineficacia demostrada por el sistema *antitrust* instaurado en 1963, otro factor que determinó la virtual falta de competencia entre los bancos españoles hasta la década de los noventa fue la presencia de una extensa regulación bancaria que incluía la fijación por vía reglamentaria de los precios bancarios. En efecto, hasta mediados de la década de los ochenta la normativa reguladora de la actividad bancaria permitía al Ministerio de Economía fijar los tipos de interés abonables en las operaciones activas y pasivas. En materia de comisiones se fijaba por vía reglamentaria el importe que debía satisfacer la clientela por los servicios prestados, inicialmente con carácter de tasas mínimas y, más tarde, máximas⁴⁰¹. La política de control rígido de los precios bancarios fue pronto cuestionada al aflorar sus múltiples deficiencias dado que, por una parte, distorsionaba la actuación competitiva de las entidades y, por otra, era ineficaz para cumplir con los fines para los cuales fue establecida.

En relación con el primer argumento, la doctrina entiende que la rigidez de los precios condicionaba las estrategias competitivas de los operadores en el mercado. En la doctrina económica se distinguen dos formas de competencia: 1) la competencia en precios; y 2) la competencia al margen de los precios (*non price competition*) que se manifiesta en la calidad y variedad de productos ofrecidos por las entidades. En ausencia de regulación, las empresas rivales eligen la combinación óptima de instrumentos de competencia de acuerdo con sus respectivas políticas de costes y beneficios. Pero la existencia de medidas de control sobre alguno de estos instrumentos, afecta a la elección de los restantes. En este sentido, se considera que la rigidez de los tipos condiciona las estrategias competitivas de las entidades y perjudica la eficiencia del sistema⁴⁰². Así, por ejemplo, la regulación de los intereses provoca que los bancos tengan tendencia a expandir

⁴⁰¹ Vid. J. LATORRE DÍEZ, *Regulación de las entidades de crédito*, p. 313.

⁴⁰² En definitiva, como afirma X. VIVES (*European financial integration*, p. 14), “la regulación de los tipos elimina la competencia en precios e induce a las entidades de crédito a competir sin precios, a través de la calidad de los servicios, y la concesión de subsidios cruzados entre los productos”.

sus redes de atención al cliente mediante la apertura de nuevas sucursales, la introducción de cajeros automáticos o la conclusión de acuerdos de compatibilidad con las redes de otras entidades⁴⁰³. Y como resultado de todo ello cabe detectar una dosis importante de ineficiencia⁴⁰⁴.

Además, la política de precios fijos especialmente en materia de tipos de interés resulta ineficaz para la consecución de los objetivos que persigue, pues no asegura la sumisión de las entidades a la política de la autoridad monetaria y no impide que el coste del pasivo se mantenga por encima de los máximos fijados⁴⁰⁵. En primer término, las entidades de crédito pueden evitar fácilmente la regulación, ofreciendo una retribución implícita de los depósitos –por ejemplo, a través de determinados servicios gratuitos– que sumada a la explícita –esto es, a los tipos de interés– iguale el tipo de interés que existiría en ausencia de regulación. Un segundo inconveniente de la regulación, estrechamente ligado al anterior, es el de su incapacidad para controlar el coste del pasivo bancario. La limitación de los pagos en concepto de intereses puede provocar un aumento correlativo de las retribuciones implícitas y, en consecuencia, los menores costes financieros estarán asociados a mayores costos operativos (oferta de nuevos servicios), o a menores ingresos (servicios no cobrados).

Debido en parte a los inconvenientes señalados, se inició en nuestro país un largo proceso tendente a la liberalización de las comisiones y los tipos de interés bancarios que

⁴⁰³ C. MATUTES/ A. PADILLA (*Cuad. Ec. ICE*, , núm. 57, 1994, p. 143 y ss.), consideran que “cuando los tipos de interés están regulados por la autoridad monetaria, las entidades bancarias muestran una gran tendencia a la expansión de sus redes de sucursales. Dados los altos costes fijos que esta estrategia supone, se genera una elevada concentración en el sector”.

⁴⁰⁴ A modo de resumen, R. POVEDA ANADON (*La banca española de los noventa*, p. 107), señala que el severo control de los tipos genera, entre otros, los siguientes problemas: 1) no garantiza la eficacia de la intermediación; 2) no asegura la productividad de las entidades; 3) favorece la baja productividad de los recursos; 4) las arbitrariedades y los errores de la regulación son inevitables, pues no existen criterios seguros para fijar estas normas al margen del mercado; 5) es incompatible con las exigencias de globalización de la economía; y finalmente 6) se trata de un sistema inestable, que obliga a una labor costosa de vigilancia.

⁴⁰⁴ *Vid.* P. DE TORRES SIMO, *GJCE*, boletín 92, 1994, p. 6.

⁴⁰⁵ *Vid.* O. FANJUL/ F. MARAVALL, *PPEE*, núm. 18, 1984, , p. 241 y ss.

recibió su impulso definitivo con la adhesión de España a la CE y la posterior armonización de las legislaciones bancarias de los Estados miembros⁴⁰⁶. Esta evolución culminó entre los años 1987 y 1989 mediante sendas órdenes del Ministerio de Economía en las que se estableció la liberalización definitiva de las comisiones y tipos de interés bancarios⁴⁰⁷. En todo caso, debe advertirse que liberalización no debe confundirse con desregulación, pues el sector bancario continua estando regulado, pero la nueva normativa establece un marco de actuación en el que los participantes en el mercado tienen mas posibilidades de competir⁴⁰⁸.

En definitiva, el régimen actual de las comisiones y tipos de interés está basado en el principio general de libertad de precios imperante en los países basados en una economía de mercado. Sin embargo, este principio admite excepciones motivadas por la especial protección otorgada a los créditos al consumo y a determinados préstamos hipotecarios. Por una parte, la *Ley 7/1995 de crédito al consumo*⁴⁰⁹ fija topes máximos a las comisiones aplicables en los supuestos de cancelación anticipada del crédito y de

⁴⁰⁶ Sobre la evolución de la normativa reguladora de las comisiones y tipos de interés bancarios vid. J. LATORRE DÍEZ, *Regulación de las entidades de crédito*, p. 311 y ss.

⁴⁰⁷ Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 3 marzo 1987: *Entidades de depósito. Liberalización de tipos de interés y comisiones y normas sobre actuación*, B.O.E. núm. 55, de 5 de marzo de 1987 (sobre la citada Orden, vid. M. C. SÁNCHEZ DE MIGUEL, *RDBB*, núm. 27, 1987, p. 503 y ss.); y Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 diciembre 1989: *Entidades de crédito. Tipos de interés, normas de actuación, información a clientes y publicidad*, B.O.E. núm. 303, de 19 de diciembre de 1989, desarrollada por la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, B.O.E. núm. 226, de 20 de septiembre de 1990. Para un análisis de la Orden consúltense los trabajos de L. MARTÍNEZ DE SALAZAR Y BASCUÑANA, *RDBB*, núm. 51, 1993, p. 763 y ss.; M. C. SÁNCHEZ DE MIGUEL, *RDBB*, núm. 41, 1991, p. 129 y ss.; y A. AURIOLES MARTÍN, *La Ley*, 1991-3, p. 892 y ss. La Orden desarrolla el artículo 48.2 de la *Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito* (*Ley 26/1988, de 29 de julio*, B.O.E. núm. 182, de 30 de julio de 1988; y corrección de errores en BOE núm. 185, de 4 de agosto de 1989), que habilita al Ministerio de Economía para regular las normas que deben presidir las relaciones entre los bancos y la clientela.

⁴⁰⁸ Vid. P. DE TORRES SIMO, *GJCE*, boletín 92, 1994, p. 6.

⁴⁰⁹ Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, (B.O.E. núm. 72, de 25 de marzo de 1995). Entre la abundante doctrina en torno a la protección de los consumidores a crédito, pueden destacarse las monografías de M. V. PETIT LEVALL, *La protección del consumidor del crédito*; y S. RIVERO ALEMÁN, *Disciplina del crédito bancario*; así como la obra colectiva dirigida por U. NIETO CAROL, *Crédito al consumo*.

descubierto en cuenta corriente⁴¹⁰. Por otra, la *Ley 2/1994 sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios*⁴¹¹ prevé otra excepción al principio general de libertad de precios⁴¹², con la finalidad de que todos los prestatarios con garantía hipotecaria puedan beneficiarse de la rebaja general de los tipos de interés que se ha producido en las economías de nuestro entorno⁴¹³. En concreto, se pretendía acabar con dos graves inconvenientes que hacían particularmente gravoso el *cambio* de hipoteca: la fuerte comisión que el banco fija en estos casos y la duplicidad de gastos que entrañaba la cancelación de una hipoteca y la constitución de otra nueva⁴¹⁴. La Ley de subrogación

⁴¹⁰ Por una parte, el artículo 10 de la Ley reconoce el derecho del consumidor a reembolsar anticipadamente los préstamos al consumo, señalando unas comisiones máximas: el 1,50% del capital reembolsado anticipadamente cuando en el contrato se prevea la modificación del coste del crédito y el 3% en caso contrario. Este precepto ha sido criticado duramente por J. ALFARO ÁGUILA-REAL (*RDBB*, núm. 56, 1994, p. 1045 y ss.), quien considera que la fijación de límites a las comisiones es incongruente con la política liberalizadora de las mismas concluida en 1987; en su opinión, los posibles abusos de precios que podrían producirse en una fase inicial, serán corregidos por el juego de la competencia libre entre bancos, pues a largo plazo éstos se verán obligados a reducir sus tarifas para evitar la pérdida de clientes. Por otra parte, el artículo 19 de la Ley 7/1995 establece que en los créditos que se concedan en forma de descubiertos en cuenta corriente, la TAE no puede ser superior a dos veces y media el interés legal del dinero. Como dicha tasa además de los intereses incluye los gastos que el consumidor está obligado a pagar, la limitación de la TAE restringe indirectamente la libertad de los bancos para fijar las comisiones (*vid.* M. P. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, *CDC*, núm. 11, 1993, p. 278 y ss.). Es conveniente señalar que la banca privada no recibió con buenos ojos estas disposiciones, por considerarlas incompatibles con el proceso de liberalización de tipos y comisiones. En concreto, desde la AEB se afirmaba que “se trata de una limitación poco compatible con la libertad de tipos de interés propia de una economía moderna” (*Informe AEB [1995]*, p. 16) y que “yendo más allá del ámbito de las Directivas comunitarias que la justifican (...) esta Ley aprovechó para dar un nuevo y preocupante paso atrás en el proceso de liberalización de intereses y comisiones” (*Memoria AEB [1995]*, p. 13). En todo caso, como señala J. ROCA GUILLAMÓN (*Crédito al consumo*, p. 220), no debe olvidarse que dichos límites operan únicamente si las partes han pactado una indemnización pues, si nada se ha convenido, el pago anticipado no genera ninguna compensación.

⁴¹¹ *Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios* (B.O.E. núm. 80, de 4 de abril de 1994), modificada parcialmente por la *Ley 14/2000, de 29 de diciembre, sobre medidas fiscales, administrativas y de orden social* (B.O.E. núm. 3131, de 30 de diciembre de 2000).

⁴¹² *Vid.* A. ALMOGUERA GÓMEZ, *Crédito al consumo*, p. 735.

⁴¹³ La Exposición de Motivos no deja dudas respecto de cuál es el propósito que se persigue con la promulgación de la Ley: “el descenso generalizado de los tipos de interés experimentado en los últimos meses ha repercutido, como es lógico, en los préstamos hipotecarios, y parece razonable y digno de protección que los ciudadanos que concertaron sus préstamos con anterioridad a la bajada de los tipos puedan beneficiarse de las ventajas que supone este descenso”.

⁴¹⁴ Junto con una notable rebaja de los gastos registrales, el artículo 3 de la Ley establece el tope máximo que el banco puede cobrar a su cliente en concepto de comisión por cancelación anticipada del

y modificación de créditos hipotecarios ha sido objeto de numerosas críticas que exceden, con mucho, los dominios de este trabajo⁴¹⁵. Sin embargo, en opinión del Tribunal de Defensa de la Competencia, la Ley 2/1994 tuvo efectos muy positivos en el aumento de la competencia entre las entidades de crédito participantes en el mercado hipotecario, dado que facilitaba el cambio de la clientela de una entidad a otra en busca de ofertas de precios más competitivas⁴¹⁶.

3.1.3 La reacción de las entidades de crédito ante el marco competitivo

El cambio regulador que, a partir de 1987, estableció un marco legal que propiciaba la competencia entre las entidades, no supuso una alteración inmediata de las estrategias competitivas de los bancos españoles. Antes al contrario, las grandes entidades se mostraron reticentes a adaptarse a los dictados de la libre competencia no sólo por la larga tradición de fuerte regulación del sector⁴¹⁷, sino también por la subsistencia de importantes barreras de entrada a la competencia de la banca extranjera⁴¹⁸.

préstamo. El precepto fue criticado por la doctrina porque no incluía las operaciones a interés variable (vid. M. T. BARREIRA, *CDC*, núm. 15, 1994, p. 239; y J. M. RUIZ-RICO/ M. UREÑA MARTÍNEZ, *AC*, núm. 38, 1994, p. 807 y ss.), si bien posteriormente el Gobierno alcanzó un acuerdo con las asociaciones bancarias para limitar hasta un 2,5% del capital pendiente de amortizar, la comisión por cancelación anticipada en todo tipo de préstamos (vid. *Informe AEB [1996]*, p. 18; y OCDE, *Enhancing the role of competition*, p. 180).

⁴¹⁵ Vid. el resumen preparado por T. RUBIO GARRIDO (*La Ley de subrogación y modificación*, p. 351 y ss.) sobre las críticas que ha recibido la Ley 2/1994.

⁴¹⁶ TDC, *La competencia en España*, p. 118. Al respecto, vid. M. D. HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, *CDC*, núm. 19, 1996, p. 157; y A. ALMOGUERA GÓMEZ, *Crédito al consumo*, p. 736.

⁴¹⁷ P. DE TORRES SIMO (*GJCE*, boletín 92, 1994, p. 7) califica de *casi religioso* el respeto que tenía los bancos españoles por el *statu quo* de no competencia en el que habían vivido por muchos años. Esta actitud no debe causar sorpresa pues, como afirma X. VIVES (*PPEE*, núm. 44, 1990, p. 20) los bancos eran conscientes de que la competencia en precios elevaría substancialmente el coste financiero de sus depósitos.

⁴¹⁸ El fenómeno liberalizador no entraña necesariamente que surja un entorno competitivo entre las empresas cuando existen barreras de entrada al mercado. En la doctrina económica se pone de manifiesto que, en el sector bancario, concurren importantes barreras de entrada que dificultan la irrupción de nuevos competidores. Entre ellas, se citan las siguientes: 1) las tupidas redes de sucursales y cajeros automáticos; 2) los elevados costes que ha de soportar el cliente que cambia de entidad; y 3) la importancia que tiene la reputación de los bancos. Vid., en este sentido, X. VIVES, *European financial integration*, p.19 y ss.

Sin embargo, la situación comenzó a romperse por la paulatina intervención de las sucursales de la banca extranjera, que comenzaron a ofrecer tipos de interés más competitivos, actuando como un importante revulsivo para el mercado⁴¹⁹. Además, el sistema bancario español se encontraba a la expectativa de importantes cambios motivados por la construcción de un espacio financiero europeo integrado, abierto a la competencia directa de nuevas entidades; en estas condiciones, aumentan los incentivos para desvincularse de los acuerdos colusivos, con el fin de aumentar la base de clientes que permita obtener una mejor posición en el mercado⁴²⁰. La ruptura definitiva del *statu quo* bancario se produjo cuando uno de los grandes bancos, el Santander (hoy BSCH), inició una campaña publicitaria anunciando elevadas remuneraciones de los depósitos. La mayoría de las restantes entidades reaccionaron, con mayor o menor celeridad, ofreciendo tipos de interés atractivos en sus cuentas corrientes, dando lugar al fenómeno que se conoce como la *guerra de las supercuentas*⁴²¹. Como señala el Banco de España, la competencia desatada por la captación del pasivo produjo cambios en la base de clientes de las entidades y, lo que es más importante, aumentó significativamente los costes financieros asociados a los depósitos⁴²².

Posteriormente, la competencia llegó también al ámbito del activo cuando otra vez el Banco Santander, lanzó una oferta de créditos hipotecarios dos puntos por debajo del interés entonces existente en el mercado⁴²³. Los demás bancos respondieron con ofertas

⁴¹⁹ Vid. R. ALONSO SOTO, *Il mercato unico europeo*, p. 162.

⁴²⁰ En opinión de J. GUAL (*La competencia en el sector bancario*, p. 21 y ss.), la quiebra del *statu quo* bancario se produjo, fundamentalmente, por la perspectiva de un mercado financiero europeo más homogéneo. En los albores del cambio, aumenta el interés de violar el acuerdo colusivo, pues disminuyen los incentivos asociados al mantenimiento del mismo (se sabe que el pacto tácito no va a durar mucho). Como contrapartida, la entidad innovadora obtiene un aumento significativo de la base de clientes, lo cual tiene mayor importancia, si cabe, si se tiene en cuenta que en el sector bancario el cambio de entidad resulta costoso para la clientela.

⁴²¹ Vid. J. M. ANDREU, *BICE*, núm. 2234, 1990, p. 2029 y ss.

⁴²² Vid. OECD, *Enhancing the role of competition*, p. 180.

⁴²³ Sobre las oscilaciones recientes de los tipos de interés en nuestro país es interesante la consulta de la obra J. LÓPEZ LIZ, *Los tipos de interés*.

similares, introduciendo la competencia también en ese segmento del mercado. A pesar de ello, la competencia no llegaba a todos los clientes, pues aquéllos que ya tenían contratado un crédito hipotecario tenían muy difícil dirigirse a otras entidades, debido a los elevados costes que entrañaba el cambio de hipoteca. Para remediar esta situación, se promulgó la Ley sobre subrogación y modificación de créditos hipotecarios que contribuyó a aumentar la competencia en este sector del mercado al impedir que los clientes quedasen cautivos de la entidad con la que contrataron sus préstamos inicialmente⁴²⁴.

El aumento de la rivalidad entre las entidades de crédito españolas a la hora de fijar los tipos de interés también tuvo importantes consecuencias en materia de comisiones bancarias⁴²⁵. En efecto, la liberalización de los tipos de interés permitió que los bancos adoptasen estrategias dirigidas a captar clientes por medio de rebajas en los intereses de los créditos y aumentos en la retribución de los depósitos. Esta competencia en precios provocó inevitablemente que se redujesen los márgenes bancarios dado que las entidades de crédito obtenían menos por lo que prestaban y pagaban más por lo que recibían. En estas condiciones, las comisiones bancarias adquirieron una especial relevancia ya que la mejora de los servicios que ofrecían los bancos –con las comisiones que de ellos se obtenían– constituyó un medio esencial para reducir la pérdida de ingresos que se había producido en las operaciones de crédito⁴²⁶.

En el año 1995 el Tribunal de Defensa de la Competencia publicó un estudio sobre la banca al por menor en el que se analizaban las consecuencias que el proceso liberalizador de los precios bancarios había tenido sobre la competencia entre las entidades de crédito españolas⁴²⁷. En materia de tipos de interés, el TDC declaró que el grado de transmisión de los tipos de interés de los mercados monetarios hacia los clientes de las

⁴²⁴ Vid. *supra* el punto II.3.1.2 del presente capítulo.

⁴²⁵ Vid. TDC, *Balance de la competencia en España*, p. 127; y OCDE, *Enhancing the role of competition*, p. 182.

⁴²⁶ Vid. I. FAINÉ/ R. TORNABELL, *El euro, la banca*, p. 427.

⁴²⁷ Vid. TDC, *La competencia en España*, p. 121 y ss.

operaciones de préstamo y depósito era mayor en las operaciones activas que en las pasivas, aunque en términos generales se podía considerar satisfactorio⁴²⁸. En un informe para el Comité sobre política de la competencia de la OCDE, el Banco de España confirmó esta idea al indicar que los bancos españoles trasladaban rápidamente los tipos del mercado a los intereses de los préstamos que concedían, lo cual se había traducido en una importante reducción de los márgenes bancarios, hasta el punto de que España había pasado de ser uno de los países con márgenes más altos de la Comunidad en 1989, a estar ligeramente por encima de la media en el año 1998⁴²⁹. En el caso de las comisiones, el informe del TDC ofreció una valoración positiva de las tasas bancarias teniendo en cuenta la importante reducción de los márgenes bancarios experimentada por los bancos españoles hasta 1995⁴³⁰.

Todas estas razones explican la tardía intervención del Tribunal de Defensa de la Competencia en el sector bancario, centrada hasta la fecha en los principales focos de atención que a continuación pasamos a exponer.

⁴²⁸ El informe distingue entre operaciones activas y pasivas. En primer lugar, en relación con los tipos de las operaciones activas, se pasó de una situación de traslación muy débil del tipo de referencia del Banco de España, a una transmisión muy intensa en los últimos años. De ello se deduce que existía un alto grado de competencia en los intereses de los préstamos y que la flexibilidad operativa de los bancos era elevada. En segundo término, la evolución de los intereses de las operaciones pasivas muestra que la transmisión de los tipos del mercado a los clientes había ido mejorando con los años. Sin embargo, el nivel de transmisión era peor al que se daba en el caso de los préstamos. Además, debe tenerse presente que, en muchos casos, aunque aparentemente se producía esta transmisión, ésta era compensada por la vía de aumentar las comisiones, (Punto 3.2.1 del Informe).

⁴²⁹ Vid. OECD, *Enhancing the role of competition*, p. 182. Además, los servicios del Banco de España estimaron que si nuestro país se mantenía por encima de la media era debido al peso que tienen los bancos extranjeros (especialmente de América Latina) en los grupos bancarios españoles.

⁴³⁰ El análisis del Tribunal en materia de comisiones se realiza a partir del estudio de los márgenes bancarios. A estos efectos, han de tenerse presentes tanto el margen ordinario (la diferencia entre lo que el banco recibe por sus préstamos y lo que paga por sus depósitos) como el margen de explotación (el margen ordinario, deducidos los gastos de explotación). De la reducción del segundo, se puede concluir que los bancos reducen los costes de funcionamiento en términos relativos, mientras que la bajada del margen ordinario entraña que la mejora de la eficiencia se transmite a la clientela. En estos términos, el estudio del TDC concluyó que los bancos españoles habían reducido ambos parámetros y que, en consecuencia, operaban de manera más eficientes y las mejoras de gestión se repercutían sobre los usuarios, (Punto 3.2.2 del Informe).

3.2 Principales focos de atención

Un estudio de los expedientes del TDC en la última década permite comprobar que la actividad de nuestra autoridad de competencia en el sector del crédito se ha concentrado en dos clases de ilícitos *antitrust*: por una parte, los acuerdos para compartir información sobre la solvencia de los clientes y, por otra, los acuerdos de fijación de precios.

En primer lugar, la actividad del Tribunal presenta una importante particularidad en relación con los servicios de competencia de la Comisión Europea, que consiste en el interés demostrado por los ficheros electrónicos establecidos por los bancos en los que se guarda información sobre la solvencia de sus clientes, los denominados registros de morosos. El Tribunal de Defensa de la Competencia ha manifestado reiteradamente que el establecimiento de esta clase de ficheros electrónicos constituye una forma de concierto entre empresarios que se incluye dentro de las prácticas prohibidas por el artículo 1 LDC. No obstante, dichos ficheros contribuyen a sanear el tráfico mercantil, por lo que se estima que –en determinadas condiciones– cumplen los requisitos para obtener una autorización.

La circunstancia de que los registros de morosos se consideren una conducta prohibida, pero autorizable, ha provocado una incesante cascada de expedientes de autorización singular ante el TDC, lo cual ha impedido que nuestra autoridad *antitrust* concentre sus esfuerzos en prácticas que tengan mayor incidencia sobre el mercado. Con el fin de poner remedio a esta situación, un sector de la doctrina defiende la conveniencia de que el Gobierno apruebe un reglamento de exención para los registros de morosos. No obstante, entendemos que la solución más apropiada consistiría en interpretar de manera más flexible el artículo 1 LDC, de tal forma que no se consideren prohibidos los ficheros de insolventes que provoquen restricciones de la competencia *razonables*. En suma, el tratamiento dado a los registros de morosos constituye una manifestación más de la errónea política seguida tradicionalmente por el TDC, que entraña la necesidad de

someter al trámite de autorización a conductas que carecen de efectos relevantes sobre la competencia en el mercado⁴³¹.

En segundo término, al igual que ocurre en el caso de las autoridades comunitarias y norteamericanas, la mayoría de los expedientes tramitados por el Tribunal de Defensa de la Competencia en el sector bancario hacen referencia a los acuerdos relativos a los precios de los servicios. En la línea de las autoridades *antitrust* de su entorno, las primeras investigaciones del Tribunal se centraron en el análisis de algunas prácticas bancarias que por afectar a los precios minoristas debían estimarse contrarias a la LDC. En fechas más recientes, el TDC se ha ocupado también de las comisiones de intercambio uniformes establecidas en el seno de las redes de tarjetas bancarias que operan en España, llegando a conclusiones similares a las de las autoridades comunitarias. Los acuerdos de precios constituyen el objeto de este trabajo por lo que el capítulo cuarto del mismo se ocupa de los expedientes tramitados por el TDC en este ámbito.

⁴³¹ Los registros de morosos en el sector bancario fueron objeto de estudio en nuestra Tesis de Licenciatura debido a la abundancia de expedientes tramitados por el TDC, si bien hemos optado por no incluirlos en el presente trabajo porque constituyen una singularidad del Derecho español sin parangón en la práctica de las autoridades *antitrust* norteamericanas y comunitarias.

CAPÍTULO SEGUNDO

**LA COMPETENCIA EN MATERIA DE
PRECIOS ENTRE LOS BANCOS
NORTEAMERICANOS**

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Los acuerdos entre empresas rivales para poner en marcha servicios comunes, tradicionalmente han sido observados con cautela desde la óptica del Derecho *antitrust*, porque implican una concertación entre empresas competidoras en el mercado. Es más, en el marco de esta colaboración, uno de los aspectos que más preocupa es el de los convenios sobre el precio de los servicios, que sólo han de tolerarse en la medida en que resulten absolutamente necesarios para el funcionamiento eficiente de los servicios comunes.

En este sentido, el sector bancario no es diferente del resto de las actividades económicas dado que, en ocasiones, la naturaleza de determinados servicios —como las tarjetas de crédito o débito y los cajeros automáticos— exige que las entidades de crédito rivales cooperen para procurarlos eficientemente. Así las cosas, la misión del Derecho *antitrust* consiste en garantizar que esa colaboración únicamente alcance aquellos extremos necesarios para la correcta prestación de los mismos. Y también en este caso, una cuestión especialmente sensible consiste en enjuiciar las estipulaciones que influyen en el precio de los servicios bancarios¹.

Así pues, el Derecho de la competencia ha tenido necesariamente que influir en el devenir de las políticas de precios adoptadas por las redes de tarjetas de crédito y de cajeros automáticos en los Estados Unidos. Con carácter preliminar, es interesante señalar que —a diferencia de lo que ocurre en la Comunidad Europea y en nuestro país— no han sido las autoridades *antitrust* federales o estatales quienes se han encargado de supervisar la conducta de las redes bancarias sino que, antes al contrario, esta labor se ha llevado a cabo por los tribunales de justicia al enjuiciar demandas civiles presentadas

¹ *Vid. supra* el punto II.1.3 del capítulo primero.

por empresas particulares². Ciertamente, en el ámbito de las políticas de precios, todos los casos decididos hasta la fecha han consistido en acciones civiles presentadas por miembros presuntamente agraviados por decisiones de las asociaciones de bancos³.

La intervención de las agencias *antitrust* federales y estatales ha sido mucho más modesta pues se ha limitado a manifestar su preocupación respecto de las comisiones bancarias, sin que hasta la fecha haya adoptado una política consolidada en la materia⁴. Así, por ejemplo, ya en 1985 un antiguo director de la División *Antitrust* del Departamento de Justicia ponía de relieve la dificultad de enjuiciar las tarifas bancarias uniformes porque, aunque entrañaban una sensible reducción de los costes operativos de las redes, también podían alterar la correcta asignación de los recursos cuando se fijaban a niveles no competitivos⁵.

Las dos fuentes principales de ingresos bancarios son los intereses que reciben en las operaciones de crédito y las comisiones por los servicios que prestan a la clientela. Por ello, cuando se habla del precio de los servicios bancarios se hace referencia tanto al tipo de interés de las operaciones de débito o crédito, como a la cuantía de las comisiones y gastos repercutibles a la clientela en determinadas operaciones.

² La aplicación de las normas *antitrust* por los tribunales de justicia a requerimiento de las empresas constituye uno de los pilares sobre los que descansa el Derecho de la competencia en los Estados Unidos (*vid.*, por todos, el interesante estudio comparativo que realiza C. JONES, *Private enforcement*, p. 3 y ss.). Sin atrevernos a demandar una mayor intervención de la autoridad pública –pues constituye un modelo en franco retroceso, también a este lado del Atlántico–, lo cierto es que nos parece significativa la ausencia de cualquier intervención de las autoridades federales en materia de comisiones, sobre todo si se tienen en cuenta las actuaciones emprendidas por el Departamento de Justicia contra Visa y Mastercard por emplear abusivas condiciones de acceso a la red (*Complaint for Equitable Relief for Violations of Section 1 Sherman Act, United States v. Visa U.S.A. and Mastercard International*, US District Court [SDNY] 7 octubre 2000).

³ *Vid.* D. BAKER, *Antitrust*, vol. 4, 1989, p. 9-10.

⁴ *Vid.* D. BAKER, *Antitrust*, vol. 4, 1989, p. 9-10.

⁵ “Teniendo en cuenta las tendencias en conflicto en materia de tarifas uniformes, no se puede afirmar con carácter general si dichas tasas homogéneas aumentan o reducen el bienestar del

En relación con estas últimas, se suelen distinguir cuatro clases distintas de comisiones al examinar el comportamiento de las redes bancarias desde la perspectiva del Derecho de la competencia. En primer lugar, la tasa de adhesión que establece la red bancaria para aquellas entidades que deseen pertenecer a ella o meramente utilizar alguno de sus servicios. En segundo término, la tasa de conexión que ha de pagarse a la *joint venture* cada vez que las entidades miembros tramitan sus pagos a través de la red. En tercer lugar, la tasa de intercambio que ha de abonar el banco que recibe un servicio a la entidad que se lo presta, aunque su importe se establece generalmente de forma colectiva. Finalmente, la tasa que la entidad miembro cobra a su clientela por la realización de operaciones a través de la red⁶.

Las dos primeras categorías de tarifas —relativas a la adhesión y a la conexión a la red— presentan pocos inconvenientes desde el punto de vista *antitrust* por cuanto se trata de comisiones que la *joint venture* cobra a sus miembros por los servicios que les presta⁷. Sin embargo, la tasa de intercambio resulta más problemática en la medida en que constituye un pacto entre las entidades miembros para establecer las condiciones económicas que rigen sus relaciones; de suerte que dicho acuerdo entre competidores ha de ser examinado con precaución desde la perspectiva de la competencia⁸. Finalmente, se aprecia sin dificultad que los convenios sobre el precio que ha de abonar la clientela resultan incompatibles con los dictados del libre mercado por lo que, en general, las asociaciones bancarias no suelen incluirlos en el ámbito de su cooperación⁹.

consumidor”, C. RULE, “Antitrust analysis of joint ventures in the banking industry— evaluating shared ATMs” (reproducida en D. BAKER/ R. BRANDEL, *The law of EFT*, p. 24-79).

⁶ *Vid.*, por todos, D. BAKER/ R. BRANDEL, *The law of EFT*, p. 24-69 y ss.

⁷ Es posible, no obstante, que el Derecho de la competencia intervenga en relación con las comisiones de adhesión y de conexión cuando dan lugar a discriminación entre los miembros de la red. *Vid.* D. BAKER/ R. BRANDEL, *The law of EFT*, p. 24-70 y ss.

⁸ *Vid. infra* el punto III del presente capítulo.

⁹ *Vid. infra* el punto II del presente capítulo.

II. LAS COMISIONES E INTERESES EXIGIBLES A LA CLIENTELA

Los pactos sobre el funcionamiento de servicios bancarios comunes generalmente no incluyen cláusulas que regulan las relaciones entre las entidades participantes y sus clientes¹⁰. En *Broadcast Music* el Tribunal Supremo estableció el principio de que los acuerdos adoptados para la comercialización de un servicio común deben incluir únicamente aquellas cláusulas que resulten necesarias para la prestación eficiente de dicho servicio¹¹. Por tanto, desde el punto de vista del Derecho *antitrust* norteamericano, los pactos entre bancos que fijan las comisiones o tipos de interés que debe pagar la clientela resultan muy controvertidos y, probablemente, constituyen una infracción *per se* de las normas de competencia¹². En efecto, todo hace pensar que de acreditarse la existencia de tales acuerdos, estarían prohibidos *per se* porque en modo alguno contribuyen a mejorar la prestación del servicio ni pueden considerarse necesarios para el correcto funcionamiento del mismo¹³.

No obstante, hasta la fecha las demandas presentadas contra entidades de crédito por fijar colectivamente los precios que cobran a sus clientes no han tenido éxito ante los tribunales norteamericanos. En la mayoría de los casos, las reclamaciones de consumidores descontentos fueron desestimadas por entender que la conducta controvertida constituía una actuación unilateral de los bancos y no una práctica concertada contraria a las normas de competencia¹⁴.

¹⁰ Vid. D. BAKER/ R. BRANDEL, *The law of EFT*, p. 24-84.

¹¹ Vid. *supra* el punto 1.1.1 del capítulo primero.

¹² "Los precios más problemáticos y arriesgados desde la óptica del Derecho de la competencia, son los precios que se cobran directamente a los consumidores", D. BALTO, *World Comp.*, vol. 16, 1993, p. 131.

¹³ Vid. D. BALTO, *ELCEC GLASS-CLE*, 1998, p. 349.

¹⁴ Vid. P. PIERCE (*Consumer Fin. L. Q. Rep.*, vol. 50, 1996, p. 32), quien señala que los tribunales norteamericanos no se han mostrado tradicionalmente receptivos a las demandas sobre precios de los servicios bancarios. En efecto, tales reclamaciones suelen ser desestimadas ya se basen en las normas de protección de los consumidores, de represión de la usura o de defensa de la competencia.

Así, por ejemplo, en el caso *Wallace v. Bank of Barlett*, el Sexto Circuito desestimó una demanda contra nueve bancos acusados de pactar las comisiones por cheques no cobrados porque entendía que la citada tarifa era el resultado de la actuación independiente de cada banco y, por lo tanto, no constituía una práctica concertada para fijar precios en el sentido del artículo 1 de la *Sherman Act*¹⁵. Tampoco han prosperado las demandas que tenían por objeto los tipos de interés aplicados por los bancos en sus operaciones de crédito. En *Wilcox v. First Interstate Bank of Oregon*, la acusación de que varias entidades establecían colectivamente los tipos de interés preferente fue desestimada por el Séptimo Circuito, por entender que no había resultado probado el acuerdo de voluntades entre las entidades denunciadas¹⁶.

A pesar de no haber cosechado hasta la fecha derrotas judiciales significativas, las entidades de crédito han de actuar con cautela en este ámbito; y la mejor manera de evitar los inconvenientes generados por litigios *antitrust* consiste en excluir expresamente las políticas de precios de sus miembros del ámbito de los acuerdos de colaboración¹⁷.

¹⁵ Vid. *Wallace v. Bank of Barlett*, 55 F. 3d 1166 (6º Cir. 1995), comentado por J. HUTCHINS, *Det. C. L. Rev.*, 1996, p. 163 y ss. y P. MEYER, *Banking Pol'y Rep.*, vol. 15, núm. 3, 1996, p. 5. En el mismo sentido, vid. *Fisher v. First Nat'l Bank of Omaha*, 548 F. 2d 255 (8º Cir. 1977).

¹⁶ Vid. *Wilcox v. First Interstate Bank of Oregon*, 815 F. 2d 522 (9º Cir. 1987). En parecidos términos vid. *Biljac v. Interstate Bank of Oregon*, 218 Cal. App. 3d 1410 (Cal. Ct. App. 1990); *Brown v. Visa U.S.A.*, 674 F. Supp. 249 (N.D. Ill. 1987); y *Weitt v. Continental Illinois Nat'l Bank & Trust Co.*, 641 F. 2d 547 (7º Cir. 1981).

¹⁷ Vid. D. BAKER/ R. BRANDEL, *The law of EFT*, p. 24-84.

III. LA TASA DE INTERCAMBIO

La legalidad de las comisiones que se pagan entre sí los bancos que prestan un servicio en común resulta más difícil de enjuiciar desde el punto de vista *antitrust* que el caso de los precios a pagar por la clientela que acabamos de reseñar. La imposición de tarifas comunes en el plano interbancario tiene consecuencias tanto positivas como negativas para la competencia en el mercado, por lo que se ha generado una interesante polémica acerca de si debe aplicarse o no la prohibición del artículo 1 de la *Sherman Act*.

A modo de introducción, debemos indicar que pese al pronunciamiento favorable del Undécimo Circuito en el caso *Nabanco*, la legalidad de la tasa de intercambio continúa hoy siendo discutida con fundamento en la resolución arbitral del caso *Financial Interchange* y los trabajos posteriores de diversos autores¹⁸. No obstante, es de justicia señalar que en los últimos años las tarifas interbancarias vienen existiendo pacíficamente en la mayoría de los modernos sistemas de pago electrónicos sin que se hayan planteado inconvenientes serios en materia *antitrust*, salvo en el caso de las redes de cajeros automáticos.

En suma, a la hora de estudiar los acuerdos de precios se pone de manifiesto las dificultades que entraña el enjuiciamiento *antitrust* de los modernos sistemas de pagos electrónicos —particularmente tarjetas de crédito y cajeros automáticos— respecto de los cuales el *case-law* es todavía insuficiente y no existen reglas concluyentes, como seguidamente se expone¹⁹.

¹⁸ Vid. H. CHANG/ D. EVANS, *Antitrust Bull.*, vol. 45, 2000, p. 643.

¹⁹ Lamentablemente, las palabras pronunciadas en 1986 por J. VERGARI y V. SHUE (*Checks, payments, and electronic banking*, p. 511-12), mantienen hoy toda su vigencia “*existe escasa jurisprudencia y las directivas emanadas del Departamento de Justicia son sumamente confusas. La mayoría de las cuestiones continúan sin ser resueltas*”.

1. Funcionamiento de las comisiones interbancarias

Para comprender debidamente la problemática que plantean las tarifas interbancarias conviene que recordemos el funcionamiento de los modernos sistemas de pagos electrónicos. Con carácter general, en las transacciones con tarjetas de crédito intervienen cuatro partes: 1) el titular que utiliza la tarjeta como medio de pago en la adquisición de bienes o servicios; 2) el establecimiento comercial asociado que acepta la tarjeta de crédito (establecimiento adherido); 3) el banco que pone la tarjeta a disposición de sus clientes para que éstos la utilicen como medio de pago, quedando obligado frente al comerciante al pago del importe de la factura correspondiente (*entidad emisora*); y 4) el banco que negocia con el establecimiento comercial su adhesión al sistema (*entidad adquirente*). A todas ellas hay que añadir la sociedad de medios de pagos, que es la entidad concesionaria o propietaria de la marca de tarjetas en cuyo seno se realizan todas las operaciones de compensación de pagos²⁰.

En una transacción ordinaria, el establecimiento comercial remite a su banco un recibo acreditativo de la venta. Como contrapartida, el banco abona en su cuenta el importe de la transacción, menos una comisión, que se denomina *tasa de descuento*. Cuando la condición de banco emisor y banco adquirente recae en una misma entidad, el abono de la transacción se realiza internamente, en lo que se denomina transacción *on-us*. Sin embargo, cuando ambas entidades son distintas, el banco adquirente envía al emisor el recibo del pago para que éste lo cargue en la cuenta del titular de la tarjeta. Generalmente esta operación se realiza electrónicamente a través de la sociedad de medios de pago de la tarjeta, cuyas normas de funcionamiento prevén que un porcentaje del importe de la transacción –la *tasa de intercambio*– quede en manos del banco emisor a modo de compensación por los costes ocasionados.

²⁰ El *modus operandi* de las tarjetas de crédito se explican pormenorizadamente en la sentencia *Nabanco* (596 F.Supp., p. 1237 y ss.).

En el ámbito de los cajeros, el *modus operandi* de las comisiones bancarias es diferente dado que el número de intervinientes se reduce a tres: 1) el banco propietario del cajero; 2) el banco emisor de la tarjeta; y 3) el cliente que utiliza la tarjeta para retirar efectivo en los terminales. Los bancos adheridos a la red generalmente pactan una tasa de intercambio para compensar a la entidad propietaria del cajero por permitir su uso a clientes de otras entidades. Por lo tanto, en este caso la tasa de intercambio opera en sentido contrario, pues es la entidad emisora de la tarjeta quien paga al propietario del terminal con la doble finalidad de, por un lado, compensarle por los gastos que éste le ocasiona y, por otro, incentivar la incorporación a la red de nuevos cajeros²¹. Posteriormente, el banco emisor de la tarjeta le cobra a su cliente una tasa –denominada *comisión externa*– por utilizar los cajeros de otras entidades, mientras que la utilización de los terminales de la entidad suele ser gratuita²². El sistema de retribución de los servicios comunes que acabamos de describir ha experimentado una revolución en los Estados Unidos desde finales de los noventa por la generalización de una nueva comisión –denominada *recargo*– que permite a los propietarios cobrar directamente una tasa a quienes los utilizan. Esta cuestión se analiza con detalle más adelante al hacer referencia a las posibles alternativas frente a la tasa de intercambio uniforme²³.

En suma, se aprecia claramente que las redes de tarjetas de crédito generalmente establecen de forma colectiva una comisión interna –tasa de intercambio– que ha de pagarse en las relaciones bilaterales entre sus miembros. Mientras que en el ámbito de las tarjetas de crédito el banco adquirente abona la tarifa al emisor de la tarjeta para compensarle por los gastos que ésta le ocasiona, en el caso de las tarjetas es el emisor de la tarjeta quien paga al propietario del cajero por esta misma razón.

²¹ Vid. A. PIDGEON, *NYU J. Legis. & Pub. Pol'y.*, vol. 3, 2000, p. 396.

²² En los Estados Unidos, para designar esta clase de comisión se suele utilizar el término *foreign fee*, con el fin de diferenciar el uso de los cajeros de la propia entidad –normalmente gratuito– y de aquéllos *externos* a la misma.

²³ Vid. *infra* el punto IV.2 del presente capítulo.

La fijación colectiva de la tasa de intercambio por parte de los miembros del sistema, los cuales compiten directamente entre sí, resulta controvertida en virtud de la prohibición general *antitrust* de acordar los precios entre competidores²⁴. A continuación se examinan los distintos litigios planteados sobre la legalidad de tales tarifas uniformes tanto en el ámbito de las redes de tarjetas de crédito, como de cajeros automáticos.

2. El caso *Nabanco* (1986)

En el conocido caso *Nabanco*, el Undécimo Circuito declaró que la tasa de intercambio establecida por Visa para remunerar la prestación de servicios dentro del sistema constituía una restricción de la competencia *razonable*, compatible con el artículo 1 de la *Sherman Act*²⁵.

Las normas internas de Visa establecían que en la tramitación electrónica de los recibos de pago a través del sistema denominado *Base II*, el banco emisor de la tarjeta tenía derecho a cobrar un porcentaje prefijado del importe de la transacción en compensación por los gastos que le ocasionaba la gestión de la misma. No obstante, los miembros de Visa no estaban obligados a gestionar sus pagos utilizando el sistema *Base II*, sino que podían negociar acuerdos bilaterales con otros miembros que no conllevaran la imposición de la tasa de intercambio. Conviene señalar además que las citadas normas de funcionamiento no establecían el importe de la tasa de descuento, es decir, aquella que el banco adquirente cobra al establecimiento comercial por la gestión de sus recibos de pago²⁶.

²⁴ Vid. D. PRYWES, *Bus. Law.*, vol. 44, 1989, p. 1125.

²⁵ Vid. *National Bancard Corp. (Nabanco) v. Visa U.S.A., Inc.*, 779 F.2d 592 (11º Cir., 1986) que confirmó la sentencia del tribunal del Distrito Sur de Florida de 1984 (596 F.Supp. 1231).

²⁶ Vid. 596 F.Supp., p. 1237 y ss.

Existen dos categorías de entidades miembros de Visa: los propietarios y los agentes. Los primeros pueden realizar la doble función de emitir tarjetas y de gestionar la participación de los establecimientos comerciales en el sistema; y a ellos les corresponde también nombrar el consejo de administración de Visa U.S.A., el cual establece las normas de funcionamiento de la red. Por el contrario, los miembros agentes realizan únicamente la función de entidad adquirente y carecen de la facultad de designar a los miembros del órgano de administración.

Pues bien, la entidad demandante en el caso que se está analizando, National Bancard Corporation (Nabanco), no era miembro de Visa porque incumplía el requisito de pertenecer al Fondo Federal de Garantía de Depósitos (FDIC)²⁷. Sin embargo, se encargaba de tramitar los recibos de pago en nombre de algunos miembros de Visa, por lo que participaba como agente en el sistema electrónico *Base II*. Además, Nabanco procuraba por cuenta ajena nuevos establecimientos comerciales que desearan adherirse a Visa y pagaba la tasa de intercambio que sus clientes adeudaban a los bancos emisores²⁸.

En su demanda, Nabanco sostenía que la tasa de intercambio le impedía competir por la captación de establecimientos comerciales en condiciones equitativas con los miembros propietarios de Visa, los cuales realizaban la doble función de bancos emisores y adquirentes. A su entender, para cubrir los costes de la transacción le resultaba imprescindible fijar la tasa de descuento en una cuantía igual o superior a la de intercambio, mientras que los miembros propietarios podían ofrecer precios más reducidos cuando se trataba de transacciones *on-us*, en las que no tenían que abonar la

²⁷ De acuerdo con su normativa interna, para ser miembro de Visa era preciso pertenecer al *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC). La legislación bancaria norteamericana exige que los bancos federales, así como los bancos estatales miembros de la Reserva Federal, pertenezcan a la FDIC. Los demás bancos estatales pueden voluntariamente adherirse al fondo federal de garantía de depósitos, como así ocurre —en la práctica— con la mayoría de las instituciones. *Vid.* J. MACEY/ G. MILLER, *Banking Law and Regulation*, 2ª Ed., p. 268 y ss.

²⁸ *Vid.* 596 F.Supp., p. 1239.

tasa de intercambio. Así las cosas, Nabanco entendía que los miembros propietarios de Visa se habían puesto de acuerdo para ofrecer sus servicios a un precio inferior al establecido por la entidad demandante, cuando en condiciones de competencia la tasa de intercambio debería ser negociada individualmente entre las entidades emisoras y las que gestionaban la participación de los comerciantes. En suma, la entidad demandante alegaba que el establecimiento de una tarifa homogénea por parte de los miembros de Visa constituía un acuerdo horizontal de fijación de precios incompatible *per se* con el artículo 1 de la *Sherman Act*²⁹.

En sentido contrario, Visa estimaba que la tasa de intercambio era un elemento necesario para el correcto funcionamiento del sistema. El establecimiento de una tarifa uniforme tenía como finalidad compensar el desequilibrio de costes existente entre los bancos participantes en una transacción con tarjetas de crédito³⁰. La entidad emisora, a diferencia del banco adquirente, se obligaba frente al establecimiento a asumir la deuda contraída por el titular de la tarjeta, de tal forma que asumía los riesgos derivados de posibles impagos. De este modo, la comisión constituía un instrumento necesario para garantizar que los bancos asociados estuviesen siempre dispuestos a actuar tanto en la posición de emisor como en la de banco adquirente³¹.

En primera instancia, el tribunal de distrito desestimó la demanda por entender que la tasa de intercambio era una restricción de la competencia razonable. Merece la pena detenerse en los argumentos empleados en la sentencia. Con carácter preliminar, el tribunal sostuvo que la citada tasa no pertenecía a la categoría de acuerdos prohibidos *per se*. En particular, la aplicación de la *regla de lo razonable* se apoyaba en los siguientes factores: 1) el carácter necesario de la restricción impuesta; 2) la

²⁹ *Vid.* 596 F.Supp., p. 1240-41.

³⁰ *Vid.* 596 F.Supp., p. 1252.

³¹ *Vid.* 596 F.Supp., p. 1260.

inexperiencia de los tribunales acerca del funcionamiento de la competencia en el sector bancario; y 3) la naturaleza no vinculante de la comisión uniforme.

En primer lugar, la sentencia declaró que la tasa de intercambio constituía un elemento *necesario* para la prestación de un servicio nuevo en condiciones más eficientes³². En otras palabras, desde la óptica del Derecho *antitrust*, el sistema Visa reunía las características de una *joint venture* porque se trataba de una entidad que había integrado parcialmente algunas funciones (como la tasa de intercambio) para desarrollar un producto (la tarjeta Visa) que ninguno de sus miembros podía impulsar individualmente³³. Nabanco alegaba que cada uno de los miembros de Visa podía emitir su propia tarjeta y que, por lo tanto, la tasa de intercambio no era necesaria para crear un producto nuevo³⁴. Sin embargo, en opinión del tribunal, este razonamiento olvidaba que aunque cada miembro pudiese emitir su propia tarjeta, no era posible asegurar la aceptación universal de la misma si no se establecían previamente las normas de retribución del sistema³⁵. Así las cosas, la transformación de miles de tarjetas individuales en una única tarjeta aceptada internacionalmente permitía concluir que la tarjeta Visa constituía un producto nuevo más eficiente, de tal forma que las restricciones accesorias necesarias para lograr este objetivo debían ser examinadas según el test de la *rule of reason*.

³² Al respecto, el Undécimo Circuito señaló que el caso *Broadcast Music* “nos indica que aunque la tasa de intercambio constituya un acuerdo de fijación de precios, ésta puede someterse a la regla de lo razonable si no va más allá de lo razonablemente necesario para conseguir un objetivo comercial legítimo”, por tanto, “la cuestión principal consiste en determinar si la restricción es necesaria para la existencia del producto”, 779 F.2d, p. 601.

³³ J. KATTAN (*Antitrust L. J.*, vol. 61, 1993, p.959) y J. HALVERSON (*Antitrust L. J.*, vol. 57, 1988, p. 45) ponen de relieve la similitud existente entre la tarjeta Visa y la licencia abierta que mereció la aprobación del Tribunal Supremo en *Broadcast Music*.

³⁴ Vid. 779 F.2d, p. 602.

³⁵ Vid. 596 F.Supp., p. 1254. Sobre este particular, el Undécimo Circuito (779 F.2d, p. 602) declaró que “la tasa de intercambio es un mecanismo que permite a Visa asegurar la aceptación universal de su tarjeta, no un instrumento para excluir a empresas como Nabanco”.

En segundo término, el tribunal declaró que la importancia económica del negocio de las tarjetas de crédito, así como su relativa novedad, desaconsejaban resolver el caso a primera vista según la regla *per se*³⁶. En general, la jurisprudencia se muestra reticente a aplicar la citada doctrina en sectores económicos en los que la colaboración entre empresas juega un papel relevante para la propia existencia de competencia en el mercado; a título de ejemplo la sentencia citó el caso de las reglas de las asociaciones deportivas que fue fallado por el Tribunal Supremo en la sentencia *NCAA*³⁷.

Por último, la sentencia declaró que no procedía aplicar la doctrina *per se* cuando no existían impedimentos de hecho o de derecho para que las partes alcanzasen acuerdos alternativos. En concreto, se consideraba que la tasa de intercambio tenía carácter voluntario porque las normas de Visa permitían a sus miembros evitarla cuando procesaban los recibos de pago al margen del sistema electrónico *Base II*³⁸.

Por lo que respecta a la aplicación práctica de la *regla de lo razonable*, básicamente se trataba de responder a la cuestión de si la imposición de una tasa de intercambio tenía efectos anticompetitivos sobre el mercado. El tribunal concluyó que la citada tarifa era una restricción *razonable* porque: 1) Visa no tenía poder de mercado, definido éste en sentido amplio como el mercado de sistemas de pago; 2) en términos generales, el sistema de retribución previsto favorecía la competencia y 3) el importe de la tasa de intercambio se establecía en función del coste del servicio.

En cuanto a la delimitación del mercado, Nabanco afirmaba que el mercado relevante estaba constituido exclusivamente por las tarjetas de crédito en las que Visa detentaba una posición dominante, como lo evidenciaba el hecho de que podía fijar la

³⁶ *Vid.* 596 F. Supp., p. 1255.

³⁷ *Vid.* 596 F. Supp., p. 1255.

³⁸ *Vid.* 596 F. Supp., p. 1254-55.

tasa de intercambio³⁹. Por su parte, Visa alegaba que el mercado de referencia incluía todos los medios de pago utilizados en compras al por menor, como dinero en metálico o cheques, por lo que no se podía afirmar que tuviese poder de mercado⁴⁰. El tribunal se alineó con la tesis de la parte demandada, al entender que la elevada elasticidad cruzada de la oferta y la demanda entre Visa y los demás medios de pago descartaba que todos ellos formasen parte del mismo mercado⁴¹. Además, la sentencia concluyó que Visa no tenía poder económico en dicho mercado si se tenía en cuenta su reducida cuota de mercado (en torno al 5%), la inexistencia de barreras de entrada o rendimientos monopolísticos, así como las diferencias de precios entre Visa y MasterCard que evidenciaban cierta competencia entre ellos⁴². Sin poder de mercado, es poco probable que las normas de funcionamiento de una *joint venture* distorsionen la competencia⁴³.

Aún en el caso de que Visa detentase una posición dominante, el tribunal declaró que la tasa de intercambio era una restricción *razonable* porque tenía un efecto beneficioso para la competencia en el mercado. En particular, el método de retribución previsto mejoraba la eficiencia del sistema Visa en dos aspectos: por una lado, eliminaba el coste de negociar bilateralmente los términos de cada transacción entre los miles de miembros de Visa y, por otro, permitía distribuir equitativamente los costes del sistema entre las entidades que desempeñaban las funciones de emisor y adquirente de las tarjetas⁴⁴.

³⁹ Vid. 596 F. Supp., p. 1250.

⁴⁰ Vid. 596 F. Supp., p. 1251-52.

⁴¹ En concreto, el tribunal estimó que la tarjeta Visa era un bien sustitutivo, por una parte, de otros medios de pago utilizados en compraventas al por menor (tales como tarjetas de crédito de otras marcas, cheques o dinero en metálico) y, por otra, de diversos medios de pago que en aquellas fechas se consideraban novedosos, como las tarjetas de débito o las de compra. Vid. 596 F. Supp., p. 1257-58.

⁴² Vid. 596 F. Supp., p. 1259.

⁴³ Vid. M. DINGER (*PLI/Corp*, núm. 928, 1996, p. 54), quien afirma que del estudio de la doctrina del Tribunal Supremo se deriva que las *joint ventures* no suelen restringir la competencia cuando carecen de poder de mercado.

⁴⁴ Vid. 596 F. Supp., p. 1259-60.

Finalmente, la sentencia valoró positivamente la circunstancia de que el importe de la tasa de intercambio se estableciese en función de los costes asociados al servicio. En opinión del tribunal, el carácter objetivo de la comisión era consecuencia tanto de la naturaleza del sistema Visa, como del método elegido para fijar el precio. Por una parte, la propia esencia del negocio excluía la posibilidad de discriminación entre las entidades intervinientes pues, en el caso de que Visa decidiese aumentar los costes de los bancos adquirentes, a largo plazo dicha medida perjudicaría también a las entidades emisoras porque la demanda de tarjetas se vería reducida como consecuencia de la menor disponibilidad de los comerciantes a aceptarlas⁴⁵. Por otra, la sentencia estimó que el método utilizado para fijar el importe de la comisión garantizaba razonablemente el equilibrio entre los miembros pues el sistema controvertido 1) fue diseñado con la participación de una entidad independiente; 2) se revisaba periódicamente a lo largo de los años y 3) se calculaba en función de los costes medios del sistema⁴⁶.

Apelada la sentencia, el Undécimo Circuito confirmó la aplicación del test de la *rule of reason* al sistema de precios establecido por Visa, rechazando emitir un nuevo juicio sobre la definición del mercado relevante o el carácter accesorio de las restricciones controvertidas⁴⁷. En la línea del tribunal inferior, la exclusión de la calificación *per se* se justificaba por el carácter necesario de la restricción y la eficiencia del acuerdo para los miembros de la *joint venture*⁴⁸. Cabe señalar que el exhaustivo

⁴⁵ Vid. 596 F. Supp. 1262. En contra, Nabanco alegaba que el sistema de retribución de Visa no permitía garantizar el equilibrio entre los miembros emisores y aquéllos que actuaban por cuenta de los comerciantes. En su opinión, este desequilibrio se producía porque el órgano competente para establecer la comisión era el consejo de administración, en el cual sólo participaban los miembros emisores de tarjetas. Tanto el tribunal de distrito como el Undécimo Circuito rechazaron esta argumentación porque a su entender olvidaba la circunstancia de que en el órgano de dirección de Visa U.S.A. participaban entidades que actuaban no sólo como emisores sino también como adquirentes. En consecuencia, el consejo estaba compuesto por entidades que podían recibir más en concepto de tasa de intercambio de lo que pagaban, y viceversa, por lo que cabía afirmar que “la naturaleza del negocio permite asegurar que una parte no se aprovechará injustamente de la otra”, 779 F.2d, p. 603.

⁴⁶ En efecto, una prestigiosa empresa consultora recomendó a Visa la adopción del presente sistema de retribución en 1973, decisión que fue refrendada por estudios posteriores. Vid. 596 F. Supp. 1262.

⁴⁷ Vid. D. CARLTON/ A. FRANKEL, *Antitrust L. J.*, vol. 63, 1995, p.650.

⁴⁸ Vid. 779 F.2d, p. 601-03.

análisis realizado en las dos instancias judiciales acerca de la aplicación de la *rule of reason* a la comisión uniforme, se enmarca en una línea jurisprudencial favorable a una aplicación flexible de la doctrina *per se* a los acuerdos de precios⁴⁹. En este punto, se pone de manifiesto la influencia que tuvieron las entonces recientes decisiones del Tribunal Supremo en los casos *Broadcast Music* y *NCAA*, esta última publicada pocos meses antes de la decisión del tribunal de distrito⁵⁰.

3. El caso *Financial Interchange* (1988)

La tasa de intercambio fue nuevamente objeto de un contencioso *antitrust*, en este caso en el seno de una red de cajeros automáticos, cuando First Texas Savings Association (First Texas) presentó una demanda contra la red a la que pertenecía, PULSE, acusándola de haber incurrido en una fijación horizontal de precios incompatible con el artículo 1 de la *Sherman Act*⁵¹. Contrariamente a lo ocurrido en el caso *Nabanco*, en el presente asunto el árbitro emitió una resolución favorable para la parte demandante, declarando que la comisión uniforme establecida era ilegal⁵².

Como es sabido, las redes de cajeros automáticos generalmente utilizan la técnica de la tasa de intercambio para compensar a las entidades propietarias de

⁴⁹ Vid. P. WARNER/ M. TREBILCOCK, *McGill L. J.*, vol. 38, 1993, p. 697; y J. GLADIEUX, *Geo. Mason L. Rev.*, vol. 5, 1997, p. 480. En este sentido, J. HALVERSON (*Antitrust L. J.*, vol. 57, 1988, p. 42) critica la sentencia *Nabanco* y otras sentencias contemporáneas adoptadas por tribunales inferiores, porque entiende que fueron más allá de las pautas establecidas por el Tribunal Supremo a la hora de enjuiciar los acuerdos tradicionalmente considerados prohibidos *per se*.

⁵⁰ Diversos autores destacan la influencia que tuvieron las sentencias *Broadcast Music* y *NCAA* en la resolución final del presente caso. Vid., en este sentido, M. POPOFSKY/ T. BROWN, *PLI/Corp*, núm. 1163, 2000, p. 71-72; S. BOMSE, *PLI/Corp*, núm. 915, 1996, p. 815; y C. TUNZO, *Duq. L. Rev.*, vol. 29, 1991, p. 307.

⁵¹ Vid. *In re arbitration between First Texas and Financial Interchange*, *Antitrust & Trade Regulation Report*, vol. 55, 1988, p. 340 y ss.

⁵² K. GRIMM/ D. BALTO (*Ga. St. U. L. Rev.*, vol. 9, 1993, p. 852) ponen de relieve la aparente contradicción existente entre la presente resolución y la doctrina establecida por el Undécimo Circuito en el caso *Nabanco*. Sin embargo, como se verá a continuación, en la elaborada decisión arbitral se hace hincapié en las diferencias entre uno y otro caso.

terminales que permiten su utilización a clientes de otras entidades participantes en la red. La cuantía de la comisión se fija colectivamente por los miembros de la red y es abonada por el banco emisor al propietario cuando uno de sus clientes utiliza un cajero del segundo.

En el momento de plantearse el litigio, First Texas era uno de los propietarios de cajeros más importantes de los Estados Unidos, mientras que PULSE constituía la mayor red de cajeros del Estado de Texas y una de las más destacadas del país⁵³. La controversia tuvo su origen en la decisión de la red PULSE de reducir la tasa de intercambio a percibir en las transacciones realizadas en terminales situados fuera de establecimientos bancarios (*off-premises ATMs*). Esta medida perjudicaba los intereses de First Texas, pues ésta había desarrollado una extensa red de cajeros en lugares como supermercados o grandes superficies comerciales y recibía, por tanto, substanciosos ingresos por facilitar su utilización a clientes de otras entidades adheridas a la red⁵⁴. Así las cosas, First Texas decidió presentar una demanda alegando que la tasa uniforme infringía el artículo 1 de la *Sherman Act*. Para evitar dilaciones no deseadas, las partes decidieron someter la solución del litigio a la decisión de un árbitro único, el profesor Thomas Kauper⁵⁵.

La reclamación de First Texas se apoyaba en dos argumentos. Por una parte, se consideraba que el establecimiento de una tasa de intercambio, cualquiera que fuese su cuantía, constituía un acuerdo horizontal de fijación de precios que restringía la competencia de manera no razonable. Por otra, se afirmaba que, aunque la comisión

⁵³ Vid. Antitrust & Trade Regulation Report, vol. 55, 1988, p. 340.

⁵⁴ En la medida en que First Texas tenía una extensa red de cajeros y emitía un número relativamente bajo de tarjetas, la entidad recibía de otros miembros de la red mucho más de lo que le correspondía pagar en concepto de tasa de intercambio. En otras palabras, First Texas era un importante *vendedor* de servicios de cajero dentro del sistema. Vid. D. PRYWES, *Bus. Law.*, vol. 44, 1989, p. 1125.

⁵⁵ En el momento de emitir la resolución, Thomas Kauper era profesor de la prestigiosa universidad de Michigan y, con anterioridad, había desempeñado el cargo de jefe de la división *antitrust* del Departamento de Justicia.

fuese lícita, la decisión de reducir su importe era ilegal porque la nueva cuantía no se establecía con fundamento en criterios objetivos.

En relación con la primera argumentación, First Texas proponía un modelo de *libre mercado*, en cuya virtud la tasa de intercambio desaparecería y la entidad propietaria del terminal cobraría directamente al usuario una comisión que más tarde se adeudaría electrónicamente en su cuenta con el banco emisor de la tarjeta⁵⁶. Se estimaba que la tarifa uniforme perjudicaba a los consumidores porque reducía la competencia entre los miembros de la red en materia de precios, calidad de los servicios o localización de los terminales.⁵⁷ Por su parte, PULSE alegaba que el modelo basado en el libre mercado no se podía aplicar en la práctica porque resulta demasiado costoso, confundía a la clientela y dificultaba los acuerdos de interconexión entre redes regionales⁵⁸.

La resolución arbitral se ocupó en primer lugar de establecer el test aplicable a la conducta controvertida. El profesor Kauper señaló que la legalidad de la tasa de intercambio había de someterse a una *regla de lo razonable* amplia, que permitiese contraponer las virtudes de la tarifa uniforme en términos de eficiencia, frente a las restricciones de la competencia que ésta ocasionaba⁵⁹. Sin embargo, en la decisión se matizaba que no era posible aceptar la legalidad de la tarifa controvertida cuando el

⁵⁶ Como explica D. PRYWES (*Bus. Law.*, vol. 44, 1989, p. 1125-26), el modelo de libre mercado se apoyaba en las siguientes premisas: 1) la entidad propietaria debía anunciar en el terminal la cuantía de la comisión que se cobraba a los clientes de otras entidades por usar ese servicio; 2) posteriormente, la tarifa se adeudaba electrónicamente en la cuenta que el usuario tenía en el banco emisor de la tarjeta; 3) se eliminaba la tasa de intercambio y 4) la entidad emisora podía recuperar sus costes mediante el cobro de una comisión a sus clientes por la utilización de cajeros de otras entidades.

⁵⁷ *Vid.* Antitrust & Trade Regulation Report, vol. 55, 1988, p. 348.

⁵⁸ En suma, se entendía que la supresión de la comisión uniforme debilitaría a PULSE frente a sus competidores y desincentivaría la participación en la red de nuevas entidades. *Vid.* Antitrust & Trade Regulation Report, vol. 55, 1988, p. 357-61.

⁵⁹ *Vid.* Antitrust & Trade Regulation Report, vol. 55, 1988, p. 350.

objetivo legítimo perseguido con ella pudiese lograrse por medio de otra alternativa más respetuosa con el libre mercado⁶⁰.

La importancia económica de PULSE se examinó en dos mercados diferentes: el *mayorista* de conexión a la red de terminales y el *minorista* de servicios de cajero automático. Respecto al primero, el dictamen concluyó que PULSE detentaba una posición dominante porque ni las redes nacionales ni otras redes regionales suponían una alternativa razonable para los servicios que éste prestaba a sus miembros⁶¹. En el caso del segundo, la utilización por la clientela del servicio de cajero automático representaba un mercado diferente al del resto de los medios de pagos⁶²; PULSE dominaba el mercado de servicios al por menor porque prácticamente todos los cajeros disponibles en el Estado pertenecían a entidades adheridas a la red⁶³.

Sin llegar a defender el modelo de libre mercado sugerido por First Texas, la decisión arbitral coincidió con la parte demandante en que la fijación colectiva de la tasa de intercambio tenía consecuencias restrictivas para la competencia. En efecto, el establecimiento del precio de manera individual por los dueños de los terminales —como contrapartida a la tasa de intercambio— beneficiaba a los consumidores, porque maximizaba sus preferencias en relación con el precio, calidad o localización del servicio⁶⁴.

⁶⁰ *Vid.* Antitrust & Trade Regulation Report, vol. 55, 1988, p. 365.

⁶¹ Los servicios de otras redes regionales de cajeros no eran un bien substitutivo de PULSE en Texas porque ninguna de ellas podía duplicar la extensa red que éste tenía establecida en dicho Estado. Además, se consideraba que aunque las redes nacionales de cajeros (Plus y CIRRUS) constituían una amenaza más seria para PULSE, subsistían importantes barreras de entrada que impedían que se pusiese en peligro su poder económico en el mercado. *Vid.*, Antitrust & Trade Regulation Report, vol. 55, 1988, p. 353-55.

⁶² A pesar de los intentos de PULSE por ampliar el mercado relevante —y por tanto evitar la conclusión de que tenía poder de mercado— en la resolución se excluyó que cheques, tarjetas de crédito u otros medios de obtener dinero en efectivo, formasen parte del mismo a la vista de las preferencias de los consumidores. *Vid.* Antitrust & Trade Regulation Report, vol. 55, 1988, p. 356.

⁶³ *Vid.* Antitrust & Trade Regulation Report, vol. 55, 1988, p. 356.

⁶⁴ *Vid.* Antitrust & Trade Regulation Report, vol. 55, 1988, p. 364.

De acuerdo con el normal proceder del test de la *rule of reason*, cuando la parte demandante consigue acreditar que una conducta restringe la competencia, se invierte la carga de la prueba de manera que corresponde a la parte demandada verificar que dicha práctica es necesaria para el correcto funcionamiento del sistema. Sin embargo, no cabe consentir la restricción impuesta —con independencia de que se pueda o no justificar— cuando existen otras alternativas menos lesivas de la competencia. Así ocurrió en el presente caso en el cual, sin entrar a valorar la necesidad de imponer una tasa de intercambio en las redes de cajeros⁶⁵, el profesor Kauper estimó que dicha política infringía la legislación *antitrust* a menos que se adoptase la opción menos restrictiva de permitir a los propietarios de terminales imponer recargos o conceder descuentos a sus clientes⁶⁶. Se estimaba que un sistema que admitía descuentos y recargos representaba una alternativa viable a la tarifa uniforme sin más. Además, este método favorecía la competencia porque permitía a los propietarios de terminales competir entre ellos aunque la red fijase una tarifa homogénea⁶⁷.

La decisión de declarar ilegal la tasa de intercambio a menos que se permitiese simultáneamente realizar recargos o descuentos a los clientes no se consideraba incompatible con la sentencia del Undécimo Circuito en el caso *Nabanco*⁶⁸, en el cual el sistema de retribución establecido por Visa fue calificado como una restricción razonable de la competencia⁶⁹. Básicamente, el arbitro Kauper sostenía que en el

⁶⁵ En este punto, K. GRIMM y D. BALTO (*Banking L. Rev.*, vol. 4, 1992, p. 19) critican la resolución arbitral porque entienden que el profesor Kauper debería haber contrapuesto los efectos anticompetitivos que pudiera tener la comisión de intercambio, frente a los posibles efectos negativos del modelo de libre mercado presentado por First Texas.

⁶⁶ *Vid. Antitrust & Trade Regulation Report*, vol. 55, 1988, p. 366.

⁶⁷ Por una parte, los propietarios de cajeros podrían imponer recargos en las operaciones realizadas en aquellos terminales situados en lugares con escasa demanda, de manera que aumentarían los incentivos para extender su red en zonas más alejadas. Por otra, las entidades podrían tratar de atraer clientes ofreciendo descuentos a quienes usen sus terminales. En ambos casos, aumentaría la competencia en materia de localización de cajeros o precios sin que el banco emisor de la tarjeta dejase de pagar al propietario la tasa de intercambio. *Vid. D. PRYWES, Bus. Law.*, vol. 44, 1989, p. 1128.

⁶⁸ *Vid. supra* punto III.2 del presente capítulo.

⁶⁹ *Vid. Antitrust & Trade Regulation Report*, vol. 55, 1988, p. 357.

mercado de tarjetas de crédito no existían alternativas razonables a la tasa de intercambio que el banco adquirente paga al emisor, mientras que en el caso de los cajeros automáticos, los recargos y descuentos a los clientes que utilizan los terminales constituían una opción aceptable⁷⁰.

Respecto al segundo de los argumentos presentados por First Texas, la decisión arbitral señaló que la disminución de la tasa de intercambio adoptada infringía el artículo 1 de la *Sherman Act*, porque PULSE no actuó con *el cuidado estricto y de acuerdo con criterios objetivos* exigibles cuando una red formada por competidores ha de adoptar decisiones que benefician a unos y perjudican a otros⁷¹. En este sentido, se entendía que, por una parte, los estudios de costes realizados no acreditaban la necesidad de reducir la tarifa uniforme y, por otra, los riesgos que entrañaba la competencia de otras redes no fueron analizados adecuadamente⁷².

Por lo tanto, en el caso *Financial Interchange* se puede extraer la siguiente conclusión: cuando una red de cajeros automáticos tiene poder de mercado, la fijación colectiva de la tasa de intercambio es ilegal, a menos que la red permita a sus miembros imponer recargos o descuentos a los clientes que utilicen sus terminales⁷³. Aunque la decisión carece del valor jurídico de precedente, por tratarse de un arbitraje, la profundidad de su análisis sobre las cuestiones planteadas permite suponer que ésta será sin duda tenida muy en cuenta por un tribunal a la hora de decidir en el futuro un caso sobre comisiones de intercambio uniformes⁷⁴.

⁷⁰ Vid. D. PRYWES, *Bus. Law.*, vol. 44, 1989, p. 1128.

⁷¹ En la resolución se reconocía que en todas las redes de cajeros automáticos existía una tensión entre los bancos que *vendían* sus servicios y aquellos que los *compraban* dentro del sistema. Sin embargo, esta rivalidad se consideraba especialmente pronunciada en el caso de PULSE, en parte debido a que la gran mayoría de sus miembros adquirirían los servicios de una minoría que se considera perjudicada. Vid., Antitrust & Trade Regulation Report, vol. 55, 1988, p. 372.

⁷² Vid. Antitrust & Trade Regulation Report, vol. 55, 1988, p. 369 y ss.

⁷³ Conviene señalar que la poder de mercado de PULSE constituye un presupuesto esencial para la decisión final del árbitro en el presente caso. Vid. D. PRYWES, *Bus. Law.*, vol. 45, 1990, p. 1974-75.

⁷⁴ Vid. K. GRIMM/D.BALTO, *Ga. St. U. L. Rev.*, vol. 9, 1993, p. 857.

En suma, el asunto *Financial Interchange* dejó abierta la posibilidad de que los bancos cobrasen un recargo a los clientes de otras entidades por utilizar los cajeros automáticos de su propiedad. La generalización posterior de esta práctica entre las entidades de crédito norteamericanas ha generado un intenso debate tanto en la doctrina como en los tribunales, que se analiza detenidamente en otro apartado de este trabajo⁷⁵.

4. Valoración de la jurisprudencia analizada

Los dos casos examinados ponen de relieve que existe el convencimiento en la jurisprudencia de que la tasa de intercambio constituye una restricción de la competencia que debe analizarse según el test de la *rule of reason*. Como ocurre en la mayoría de los litigios *antitrust* en los que se emplea esta técnica jurídica, los dos puntos más conflictivos en el examen de la tasa de intercambio giran en torno al carácter necesario o indispensable de la limitación de la competencia impuesta y a la posibilidad de que existan otras alternativas menos restrictivas frente a la comisión uniforme. La primera de estas cuestiones constituyó el objeto principal de la sentencia *Nabanco*, mientras que el problema de la existencia de alternativas fue estudiado con detalle en el caso *Financial Interchange*.

Además, del *case-law* examinado se deduce que otros factores que deberán tenerse en cuenta a la hora de aplicar el test de la *rule of reason* a las comisiones interbancarias hacen referencia a la definición del mercado relevante y consiguiente poder económico de los bancos participantes, la voluntariedad en la adhesión al régimen de retribución uniforme y la fijación de las tarifas de acuerdo con parámetros objetivos. Al análisis de estas cuestiones se dedican los siguientes apartados de este trabajo.

⁷⁵ Vid. *infra* el punto IV.2 del presente capítulo.

4.1 El poder de mercado de las redes bancarias

Tradicionalmente la noción de poder de mercado ha constituido un elemento esencial en el análisis *antitrust* de las conductas empresariales que entrañan un abuso de posición dominante (artículo 2 de la *Sherman Act*) y de las fusiones y adquisiciones de empresas que puedan reducir substancialmente la competencia en el mercado (artículo 7 de la *Clayton Act*). Sin embargo, en la actualidad la idea de poder de mercado también juega un papel preponderante en la resolución de los litigios *ex artículo 1* de la *Sherman Act*⁷⁶. El concepto moderno de poder de mercado se centra en la posibilidad de que los consumidores puedan verse perjudicados por la conducta de una empresa o de un grupo de empresas actuando concertadamente. Por ello, se estima que no existe ilícito *antitrust* si una empresa individual o un cártel no tienen poder suficiente para alterar los precios o realizar otras prácticas contrarias que perjudiquen efectivamente los intereses de los consumidores⁷⁷.

Ya hemos aludido a la importancia que tiene la noción de poder de mercado como instrumento que permite evidenciar la existencia de una restricción de la competencia en el curso de un litigio según la *rule of reason*. Sin embargo, no debe olvidarse que la idea de poder de mercado no constituye la panacea que permite solucionar todos inconvenientes que plantea la prueba del carácter anticompetitivo de las conductas dado que, con frecuencia, resulta tan difícil de verificar que una empresa

⁷⁶ Con la excepción de algunas conductas ilegales *per se*, en la mayoría de las categorías de ilícitos *antitrust* "la existencia de una infracción depende de que el infractor tenga suficiente poder de mercado", W. LANDES/R. POSNER, *Harv. L. Rev.*, vol. 94., 1981, p. 937.

⁷⁷ En efecto, la idea de poder de mercado guarda una íntima relación con la finalidad última del Derecho de la competencia, que no es otra que la protección de los consumidores. Así lo ha destacado G. HAY (*Antitrust L. J.*, vol. 60, 1992, p. 808), "si aceptamos la idea de que la finalidad del Derecho de la competencia es promover el bienestar de los consumidores, entonces está claro porqué el concepto de poder de mercado juega un papel tan importante en el análisis *antitrust*. Cuando la estructura del mercado es tal que existen pocas probabilidades de que se lesione a los consumidores, no es necesario preocuparse demasiado por cómo se comportan las empresas pues la existencia de competencia efectiva nos proporciona un importante antídoto frente a cualquier intento de explotar a los consumidores".

tiene *market power* como que una conducta es susceptible de perjudicar el funcionamiento de la libre competencia en un determinado mercado⁷⁸.

Los tribunales y autoridades *antitrust* tradicionalmente establecen los contornos del mercado de referencia mediante el análisis de la elasticidad cruzada de la oferta y la demanda⁷⁹. Es decir, se examina el efecto que la variación del precio tiene sobre la oferta y la demanda los productos considerados. Cuando un pequeño y constante cambio en el precio de un producto no provoca una reacción suficiente en otros productos que podrían considerarse substitutivos de aquél, entonces se considera que dichos productos no forman parte del mercado de referencia⁸⁰.

Las complicaciones que entraña la definición del mercado de producto relevante son aún mayores cuando se trata de analizar la conducta de *joint ventures* creadas por un grupo de entidades con el fin de establecer una red de servicios a la clientela. En dicho supuesto, la doctrina económica estima que es preciso distinguir, al menos, dos mercados de referencia: por una parte, el mercado primario en el que la red vende su producto o servicio a la clientela; y, por otra, el mercado de la red (*network market*) en el que se intercambian los servicios necesarios para las entidades participantes en el sistema⁸¹.

En el sector bancario, la jurisprudencia ha ido adoptando una posición cada vez más realista frente a los problemas que generan las redes de entidades que prestan sus servicios en común. En la década de los ochenta, los tribunales definían el mercado

⁷⁸ Vid. *supra* el punto I.1.1.1 del capítulo primero.

⁷⁹ Vid., por todos, L. SULLIVAN/W. GRIMES, *The law of antitrust*, p. 22 y ss.

⁸⁰ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE/ FEDERAL TRADE COMMISSION, *Horizontal Merger Guidelines*, punto 1.

⁸¹ Vid. D. BAKER, *Utah L. Rev.*, 1993, p. 1007-08. En similares términos, en la doctrina se habla de competencia *inter-system*, para designar el esfuerzo de las distintas redes para captar clientes y de competencia *intra-system*, en el caso de la pugna entre los distintos miembros de la red. Vid., por todos, M. AZCUENAGA, *PLI/Pat*, núm. 564, 1999, p. 349 y ss.

relevante en términos muy amplios, entendiendo que estaba constituido por todos los medios de pago. En efecto, en el caso *Nabanco*, el Undécimo Circuito declaró que todos los medios de pagos utilizados en el comercio al por menor formaban parte del mercado relevante, rechazando expresamente la tesis de la entidad demandante en el sentido de circunscribir el mercado únicamente a las tarjetas de crédito⁸².

Sin embargo, en decisiones posteriores las autoridades federales y los tribunales se han mostrado proclives a definir el mercado en términos más reducidos⁸³. La primera muestra de esta tendencia la encontramos en la resolución arbitral del caso *Financial Interchange*, en la que el profesor Kauper rechazó la pretensión de definir el mercado ampliamente para incluir todos los medios de pago. Antes al contrario, la resolución arbitral estimó que existía un mercado independiente de servicios de cajero automático, dado que los cajeros constituían la única alternativa razonable de obtener dinero en efectivo para numerosos clientes. Además, el arbitro señaló que existía un segundo mercado de producto, constituido por la interconexión entre las entidades de crédito adheridas a la red⁸⁴.

Una vez definido el mercado de referencia, el examen de las autoridades de competencia se centra en determinar si la empresa o empresas investigadas tienen efectivamente poder de mercado, que se define como la habilidad de subir los precios mediante la reducción de la producción y sin que ello signifique dejar de obtener beneficios⁸⁵. El método empleado tradicionalmente para establecer si una empresa tiene *market power* es el análisis de la cuota de mercado. En efecto, cuando una empresa posee una cuota de mercado elevada se entiende que tiene poder de mercado y, asimismo, cuando un mercado está concentrado se considera que las empresas

⁸² Vid. 596 F. Supp., p. 1257 y ss.

⁸³ Vid. D. BALTO, *Law of electronic banking*, p. 15-14-15.

⁸⁴ Vid. Antitrust & Trade Regulation Report, vol. 55, 1988, p. 356.

⁸⁵ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE/ FEDERAL TRADE COMMISSION, *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, punto 2.2.

participantes pueden ejercitar colectivamente dicho poder de mercado. Sin embargo, el análisis basado en la porción del mercado en manos de la empresa o empresas investigadas no es concluyente cuando, por ejemplo, no existen barreras a la entrada de nuevos competidores. Por ello, la doctrina económica ha ido desarrollando otros métodos empíricos para calcular la cuota de poder de las empresas en el mercado⁸⁶.

El análisis de la cuota de mercado también se complica cuando estamos en presencia de una red formada por entidades competidoras⁸⁷. Básicamente, se entiende que no se puede calcular el poder de la empresa común sumando la cuota de mercado de cada uno de sus miembros, pues ello nos llevaría a sobrevalorar el poder económico de la *joint venture* en aquellos casos en los que sus miembros compiten internamente entre ellos⁸⁸. Esto es así porque la existencia de competencia en el *network market* (ya sea porque las entidades adheridas compiten entre sí o frente a la red) supone un importante freno al ejercicio de poder económico por la *joint venture* en el mercado primario⁸⁹.

Lamentablemente, en ninguno de los dos casos examinados el órgano encargado de enjuiciar la conducta realizó un análisis detallado del efectivo poder de mercado de las redes bancarias afectadas tal vez porque en los términos en los que estaba definido el

⁸⁶ En efecto, otros métodos utilizados para calcular el poder de mercado consisten en analizar las respuestas de las empresas ante factores tales como la variación de los costes o la variación en la elasticidad de la demanda, J. BAKER/ T. BRESNAHAN, *Antitrust L. J.*, vol. 61, 1992, p. 3 y ss.

⁸⁷ Vid. R. PITOFKY (*Harv. L. Rev.*, vol. 82, 1969, p. 1016), quien señala que para el cálculo de la posición de dominio de una *joint venture* han de tenerse en cuenta, al menos, los siguientes factores: 1) el número de empresas participantes; 2) la competencia potencial en el mercado relevante; 3) las relaciones existentes entre cada uno de los miembros, y entre éstos y la *joint venture*; y 4) el poder de mercado de cada miembro y el de la *joint venture* en su conjunto.

⁸⁸ D. BALTO (*Harv. J. L. & Pub. Pol'y*, vol. 18, 1995, p. 656) lo explica con un ilustrativo ejemplo. Supongamos que en una determinada área geográfica existen doscientos cajeros automáticos y todos ellos llevan la marca de la red nacional Cirrus. La mera agregación de la cuota de mercado de los cajeros pertenecientes a las entidades adheridas a Cirrus, nos llevaría a concluir que Cirrus tiene un monopolio en el mercado. Sin embargo, supongamos que la mayoría de los cajeros prestan servicio también a otras redes de cajeros regionales o locales en competencia con Cirrus. En este caso, se comprende fácilmente que la suma de la mera suma de la cuota de mercado de la red sobrevalora su poder, porque no tiene en cuenta la competencia de los miembros frente a la red y de los miembros entre ellos.

⁸⁹ Vid., por todos, M. McFALLS, *Antitrust L. J.*, vol. 66, 1998, p. 651 y ss.

mercado, resultaba evidente la ausencia o presencia de dicho requisito. Por una parte, en la sentencia *Nabanco*, la amplitud del mercado de referencia elegido no planteaba dificultades a la hora de concluir que Visa carecía de poder de mercado. En particular, el Undécimo Circuito se apoyó en la reducida cuota de mercado de la red de tarjetas controvertida, que no alcanzaba el cinco por ciento del mercado de medios de pago en los Estados Unidos⁹⁰. Por otra, en *Financial Interchange*, el árbitro concluyó que PULSE tenía poder de mercado tanto en el *network market* como en el mercado primario de prestación de servicios a la clientela, básicamente porque entendía que no existían alternativas razonables a los servicios prestados por PULSE en ambos mercados⁹¹.

En definitiva, las autoridades *antitrust* no han desarrollado un método fiable que permita definir categóricamente el mercado relevante y calcular el poder económico de las redes bancarias⁹². Por ello, la solución a este problema sólo se puede establecer mediante el análisis caso a caso de los distintos litigios planteados. De cualquier forma, tanto *Nabanco* como *Financial Interchange* permiten concluir que el análisis del poder de mercado constituye un factor que sin duda condicionará el éxito de futuras demandas *antitrust* contra las redes bancarias⁹³.

4.2 Objetividad de la comisión uniforme

La jurisprudencia examinada permite afirmar que otro factor que debe tenerse en cuenta al enjuiciar la legalidad *antitrust* de la tasa de intercambio es el carácter objetivo de la tarifa establecida colectivamente. En efecto, cuando una red bancaria acuerda la retribución de los servicios comunes mediante una comisión uniforme, ha de estar

⁹⁰ Vid. 596 F. Supp., p. 1259.

⁹¹ Vid. Antitrust & Trade Regulation Report, vol. 55, 1988, p. 356.

⁹² Vid. D. BAKER, *Antitrust Bull.*, vol. 41, 1996, p. 405.

⁹³ Vid. D. BAKER, *Antitrust*, vol. 4, 1989, p. 11.

preparada para justificar no sólo la necesidad de la misma, sino también que el importe elegido es en cierta medida razonable⁹⁴.

Debe advertirse, no obstante, que el análisis de las autoridades de competencia se circunscribe en estos casos a examinar si el procedimiento establecido para la fijación de la tarifa garantiza la objetividad de la misma, sin entrar a considerar si el precio elegido es el que más se ajusta a las condiciones del mercado. En este sentido, la doctrina entiende que no corresponde a los tribunales y autoridades *antitrust* determinar cuál es el precio que ha de pagarse por un bien o servicio, pues esta tarea implica una investigación completa de las condiciones económicas y de las distintos modos de entender la gestión empresarial⁹⁵. En una situación de competencia, el precio de un producto o servicio ha de ser igual al coste marginal a largo plazo, pero esta fórmula no constituye una regla exacta dado que no tiene en cuenta los cambios en los costes, la demanda o los avances tecnológicos. Así las cosas, los tribunales de justicia no están en la mejor posición para decidir si el precio pactado entre los competidores es el correcto, pues como afirma el Tribunal Supremo “*el precio que se considera razonable hoy, puede no serlo mañana merced a los cambios económicos o tecnológicos*”⁹⁶. Por todo ello, las autoridades *antitrust* tradicionalmente se han mostrado reticentes a realizar complejas valoraciones sobre la conveniencia del importe decidido por los operadores en el mercado debido a la ausencia de criterios objetivos que guíen su análisis, la necesidad de prolongar el estudio en el tiempo o, sencillamente, la falta de recursos técnicos y humanos para emprender dicha labor⁹⁷.

Asimismo, la atribución de la potestad para decidir el precio de los bienes o servicios a las autoridades *antitrust* se estima inadecuada porque reproduce, en buena

⁹⁴ Vid. D. BAKER, *Antitrust*, vol. 4, 1989, p. 11-12.

⁹⁵ Vid. S. ROSS, *Principles of Antitrust Law*, p. 128.

⁹⁶ *United States v. Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392, 397-98 (1927).

⁹⁷ Vid. P. AREEDA/ H. HOVENKAMP, *Antitrust Law*, ¶ 720b.

medida, los inconvenientes tradicionalmente vinculados a la regulación de precios. En efecto, si los órganos de competencia determinan cuál es el precio *correcto*, se reducen los incentivos de las empresas afectadas para aminorar costes o invertir en innovación porque saben que el rendimiento que van a obtener será el mismo. Además, disminuyen los incentivos de otras empresas para tratar de acceder al mercado de forma que la situación de precios regulados tiende a extenderse en el tiempo⁹⁸.

En suma, cabe establecer el principio general de que no es posible defender la legalidad *antitrust* de un precio fijado colectivamente con fundamento en el carácter razonable del mismo, pues se considera que los tribunales no deben asumir la tarea de sustituir las decisiones empresariales sobre precios basadas en criterios tan subjetivos como la valoración de los costes o la actitud frente al riesgo del inversor⁹⁹.

Sin embargo, de los párrafos anteriores no debe deducirse que la cuantía de la tarifa uniforme es irrelevante a los efectos del Derecho de la competencia. Antes al contrario, las cautelas reseñadas nos indican que es preciso circunscribir el papel de las autoridades *antitrust* a examinar si el método empleado por una empresa común para establecer el precio uniforme puede calificarse como razonable. La fijación de una tarifa común en el seno de una *joint venture* necesariamente entraña un conflicto entre los miembros de la red, de manera que corresponde a las autoridades de competencia velar porque el resultado de dicho proceso sea equitativo. La puesta en común de los recursos por parte de empresas competidoras, al tiempo que continúan rivalizando entre ellos en

⁹⁸ Vid. P. AREEDA/ H. HOVENKAMP, *Antitrust Law*, ¶ 720b.

⁹⁹ El proceso de decisión en el seno de la empresa, tanto en materia de precios como en cualquier otro aspecto, está condicionado por un sin fin de elementos subjetivos, entre los que tiene un lugar preponderante la actitud de los empresarios o los administradores frente al riesgo de la operación. Si el empresario es muy sensible al riesgo, tratará de fijar sus precios al nivel medio del mercado, mientras que si es más arriesgado, podrá adoptar recortes sobre el precio medio del producto con la expectativa de que el aumento de ventas compense la reducción de tarifas. Sobre el riesgo como factor determinante de las decisiones empresariales vid. L. SALOMON/ D. SCHWARTZ/ J. BAUMAN/ E. WEISS, *Corporations*, p. 18 y ss. Así las cosas, se comprende la dificultad que afronta un tribunal cuando tiene que *revisar* decisiones empresariales en materia de precios.

todos los aspectos no contemplados por el acuerdo de colaboración, constituye el rasgo distintivo de este tipo de organización empresarial. Para preservar las virtudes en términos de eficiencia derivadas de esta cooperación, es importante que el Derecho *antitrust* garantice que la retribución prevista no se utilice como un instrumento para favorecer a algunos miembros en perjuicio de otros¹⁰⁰.

En los casos examinados se pone de manifiesto que las *joint ventures* bancarias han de estar preparadas para acreditar el carácter objetivo de la comisión adoptada. En *Nabanco*, el tribunal afirmó que el sistema de retribución establecido por Visa, con la colaboración de una empresa independiente, garantizaba que el importe de la comisión guardase relación con el coste del servicio¹⁰¹, mientras que en el caso *Financial Interchange*, la resolución arbitral declaró que ni los estudios de costes realizados ni la conducta de los competidores apoyaban la decisión de reducir la tasa de intercambio en beneficio de las entidades emisoras de tarjetas¹⁰².

En definitiva, cabe concluir que las redes bancarias que decidan variar el importe de la tasa de intercambio han de estar preparadas para justificar su decisión mediante un detallado análisis que garantice que dicha medida se dirige al bien común y no responde a los intereses particulares de algunos de sus miembros. A estos efectos, los estudios de costes y el análisis de la conducta de los rivales constituyen dos factores fundamentales a la hora de justificar la nueva política de precios¹⁰³. Igualmente, la participación de una

¹⁰⁰ Vid. D. BAKER/ R. BRANDEL, *The law of EFT*, p. 24-81 y ss.

¹⁰¹ Vid. 596 F. Supp. p. 1261 y ss. En las páginas de *American Banker* (con fecha 3 y 14 de marzo de 2000, s/p), D. BALTO critica la sentencia Nabanco por la deferencia que el Undécimo Circuito muestra hacia los estudios de costes realizados. Ciertamente, el citado autor afirma que "el tribunal sentía un cierto grado de seguridad de que la tasa de intercambio no era anticompetitiva porque su importe se establecía según un estudio de costes realizado por una empresa auditora independiente(...) este enfoque casi-regulatorio basado en los costes no tiene prácticamente precedentes en la jurisprudencia antitrust".

¹⁰² Vid. Antitrust & Trade Regulation Report, vol. 55, 1988, p. 369 y ss.

¹⁰³ Al respecto, D. BAKER y R. BRANDEL (*The law of EFT*, p. 24-81 y ss) señalan que los estudios de costes constituyen un factor importante a la hora de fijar el importe de la comisión uniforme. No obstante, es menester tener en cuenta, asimismo, las estrategias de la red bancaria a largo plazo o la conducta competitiva de otras asociaciones bancarias.

entidad independiente que garantice la objetividad del proceso constituye otro elemento que suele tenerse presente¹⁰⁴.

En todo caso, paradójicamente la posible intervención del Derecho *antitrust* ha tenido un efecto negativo sobre la competencia bancaria, pues el temor a ser llevadas a juicio por alguno de sus miembros ha provocado que la mayoría de las redes bancarias se hayan mostrado reacias a variar su tasa de intercambio¹⁰⁵. Ciertamente, el análisis de la tarifa controvertida permite comprobar que ésta se ha mantenido estable a lo largo del tiempo, a pesar de que el aumento experimentado en el número de transacciones podría llevar a pensar que su importe debería haberse reducido¹⁰⁶.

4.3 Adhesión voluntaria al sistema de retribución homogéneo

La aplicación del test de la *rule of reason* a la tasa de intercambio en la jurisprudencia norteamericana también está condicionado por el carácter voluntario de la controvertida comisión¹⁰⁷. La voluntariedad de la tarifa uniforme constituye un factor importante pues se entiende que el hecho de que los miembros opten por el sistema de precios establecido colectivamente –a pesar de ser libres para negociar otras alternativas– constituye la mejor garantía de que las virtudes procompetitivas de la comisión uniforme compensan las restricciones que ésta ocasiona¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Vid. D. BAKER, *PLI/Corp*, núm. 479, 1985, p. 845-46.

¹⁰⁵ Vid. K. GRIMM/ D. BALTO, *Banking L. Rev.*, vol. 4, 1992, p. 24. Es más, D. BAKER (*Utah L. Rev.*, 1993, p. 1056 y ss.) señala que, en general, la ausencia de una doctrina *antitrust* consolidada ha tenido efectos negativos sobre la competencia entre bancarias, pues éstas tradicionalmente se han mostrado reticentes a adoptar cualquier decisión innovadora que acarree el riesgo de verse sometida a un largo y costoso litigio *antitrust* por alguno de sus miembros.

¹⁰⁶ Como ponen de relieve K. GRIMM y D. BALTO (*Ga. St. U. L. Rev.*, vol. 9, 1993, p.876-77), el propio asunto *Financial Interchange* tuvo su origen en la decisión de PULSE de reducir su tasa de intercambio.

¹⁰⁷ Vid. 596, F. Supp., p. 1254-55.

¹⁰⁸ Las *joint ventures* deben permitir que el precio de los servicios comunes se establezca mediante negociaciones individuales si quieren evitar que su esquema de tarifas sea prohibido por las autoridades *antitrust*. Vid. J. KATTAN/ D. BALTO, *Antitrust*, vol. 8, 1993, p. 15.

Ciertamente, la sentencia *Nabanco* aprobó el sistema de retribución previsto por Visa, entre otras razones, por entender que sus miembros eran libres para tramitar sus pagos al margen del sistema electrónico de la red¹⁰⁹. Sin embargo, a nuestro entender la argumentación del Undécimo Circuito es cuestionable porque, en la práctica, muy pocos miembros tramitaban sus recibos sin contar con el mecanismo electrónico *Base II*¹¹⁰. En ausencia de una participación significativa al margen del sistema, el carácter formalmente voluntario no puede utilizarse como un argumento en favor de la comisión de intercambio¹¹¹.

En este sentido, David Balto sugiere que las conclusiones del Undécimo Circuito han de ser tomadas con cautela porque se basan en un presupuesto fáctico –la voluntariedad de la tarifa– que ni se daba entonces, ni se da hoy entre los bancos norteamericanos. Por una parte, las propias asociaciones bancarias suelen aprobar normas internas que desincentivan esta práctica, por ejemplo, imponiendo alguna carga adicional a las entidades participantes en pactos separados. Por otra, es bastante improbable que las entidades emisoras de tarjetas encuentren algún aliciente para abandonar el lucrativo negocio que supone la tasa de intercambio. En estas condiciones, da la impresión que la mera voluntariedad formal de la comisión uniforme no superaría hoy el test de las normas de competencia¹¹².

4.4 ¿Constituye la tasa de intercambio un instrumento necesario para el funcionamiento de las redes bancarias?

Tradicionalmente, la tasa de intercambio se ha justificado como un mecanismo necesario para garantizar el funcionamiento eficiente de las redes bancarias creadas en

¹⁰⁹ Vid. 596, F. Supp., p. 1254-55.

¹¹⁰ Vid. D. BALTO, *Geo. Mason L. Rev.*, vol. 7, 1999, p. 562 y ss.

¹¹¹ Vid. D. BALTO, *Am. Banker*, 14 de marzo de 2000, s/p.

¹¹² Vid. D. BALTO, *ECLR*, vol. 21, 2000, p. 220.

torno a los sistemas de pagos. En este sentido, un sector de la doctrina entiende que sin un sistema de retribución uniforme, las redes de entidades de crédito no hubiesen alcanzado las cotas de aceptación y distribución geográfica de que disfrutaban en la actualidad¹¹³.

Debe advertirse, con carácter previo, que el debate acerca de la necesidad de imponer tarifas interbancarias uniformes en el seno de las redes de tarjetas se plantea en la actualidad en un plano fundamentalmente doctrinal, pues desde que el Undécimo Circuito dictaminó que la tasa de intercambio era necesaria para el funcionamiento eficiente de Visa, esta cuestión no se ha vuelto a plantear ante los tribunales de justicia. A nuestro entender esta afirmación no resta un ápice de interés al intenso debate existente entre los autores, sobre todo si se tiene en cuenta que los litigios expuestos fueron resueltos en la década de los ochenta, respecto de unos sistemas de pagos que tienen poco que ver con las actuales redes bancarias plenamente consolidadas y mucho más eficientes en virtud de los avances tecnológicos. La modificación de los presupuestos fácticos permite poner en entredicho las conclusiones de derecho alcanzadas en la década de los ochenta, en mayor medida —si cabe— si se tiene en cuenta que el Derecho *antitrust* es un ordenamiento condicionado particularmente por la apreciación de los hechos¹¹⁴.

¹¹³ En este sentido, D. EVANS y R. SCHMALENSEE (*Antitrust L. J.*, vol. 63, 1995, p. 887 y ss.) afirman que el uso de las tarjetas de crédito no se extendió en los Estados Unidos hasta que las redes bancarias consiguieron solucionar dos graves inconvenientes: 1) su aceptación por un elevado número de establecimientos comerciales y 2) la posibilidad de utilizarlas en amplias zonas geográficas. Esta situación sólo cambió cuando las *joint ventures* decidieron establecer las condiciones en las que se realizan los intercambios dentro del sistema, condiciones entre las que necesariamente se encuentra el precio de los servicios.

¹¹⁴ “En el Derecho antitrust existe una máxima: depende de los hechos. Cuando los hechos y las circunstancias económicas varían ostensiblemente, es tiempo de volver a examinar los precedentes. La sentencia Nabanco establece un régimen cuasi-regulatorio de fijación de precios que tal vez fuese indicado hace una década para unas redes de tarjetas de crédito embrionarias. Pero, ¿es correcto hoy?”, D. BALTO, *Am. Banker*, 14 de marzo de 2000, s/p.

La tasa de intercambio opera de manera diferente en el caso de las tarjetas de crédito y en el de los cajeros automáticos, por lo que a continuación se examinan separadamente los argumentos esgrimidos a favor y en contra de la tarifa controvertida en los dos medios de pagos.

4.4.1 Tarjetas de crédito

La doctrina tradicional en favor de la tasa de intercambio suele justificar la comisión uniforme porque se trata de un mero mecanismo interno necesario para compensar a las empresas participantes en la red que evita, además, posibles abusos de las entidades emisoras sobre los bancos adquirentes. Quienes se oponen a la tarifa controvertida sostienen que los avances tecnológicos permiten el funcionamiento de los medios de pagos sin necesidad de pactar comisiones uniformes y que, en todo caso, la competencia es la mejor garantía frente a posibles conflictos de intereses entre adquirentes y emisores.

Así pues, los partidarios de la tasa de intercambio se apoyan en la idea de que ésta constituye simplemente un mecanismo de pago interno sin relevancia para la competencia entre las entidades participantes¹¹⁵. El método de retribución homogéneo permite compensar la desigualdad de costes existente entre los miembros del sistema; en efecto, constituye el único instrumento apto para garantizar que la entidad emisora obtiene una compensación adecuada por el servicio que presta al establecimiento comercial y su banco¹¹⁶. Además, se estima que si el precio del servicio no se estableciese por adelantado, las negociaciones entre las entidades adheridas –en caso de no llegar a buen término– podrían comprometer la aceptación universal de la tarjeta¹¹⁷.

¹¹⁵ Vid. M. POPOFSKY, *Antitrust L. J.*, vol. 54, 1985, p. 1147.

¹¹⁶ Vid. 596 F. Supp., 1259 y ss.

¹¹⁷ Vid. D. BALTO, *Am. Banker*, 9 de marzo de 2000, s/p.

En opinión de David Balto, no obstante, cabe cuestionar la validez de dicho razonamiento a la vista de los cambios experimentados por las redes de tarjetas de crédito en la actualidad. Por una parte, la mayoría de los bancos pertenecientes a tales sistemas ya no realizan la doble función de emitir tarjetas y gestionar órdenes de pago, pues esta última se suele dejar en manos de entidades independientes. En estas condiciones, la comisión interbancaria ya no representa simplemente un pago interno *neutral* entre entidades que realizan ambas funciones, sino que puede utilizarse como una importante fuente de ingresos para aquéllas que sólo emiten de tarjetas¹¹⁸. Por otra, el citado autor advierte que los avances tecnológicos han reducido substancialmente tanto los costes de tramitación, como la exposición de la entidad emisora frente al riesgo de insolvencia y posibles fraudes. Así pues, el argumento basado en la necesidad de compensar los costes que sufre la entidad emisora también resulta discutible¹¹⁹.

El segundo argumento empleado por quienes defienden la legalidad de la tasa de intercambio gira en torno a la idea de que en las redes bancarias se produce un fallo de mercado que impide la fijación del precio de los servicios según los dictados de la libre competencia¹²⁰. Dicho fallo tiene lugar porque cuando una tarjeta ha sido aceptada y el banco adquirente se encarga de tramitar el recibo del pago, sólo existe una entidad emisora, la del titular de la tarjeta, dispuesta a *comprarlo*. En definitiva, el banco emisor es un monopsonista o comprador único respecto de la entidad adquirente, de forma que la falta de competencia impide que el precio del servicio se establezca según la ley de la

¹¹⁸ Vid. D. BALTO, *ECLR*, vol. 21, 2000, p. 220-21.

¹¹⁹ Vid. D. BALTO, *ECLR*, vol. 21, 2000, p. 218-19 y *Am. Banker*, 9 de marzo de 2000, s/p. Además, el citado autor señala que la justificación de la tarifa uniforme resulta todavía más dudosa en el caso de las tarjetas de débito ya que el carácter inmediato de las transacciones elimina buena parte de los costes extras que ha de soportar la entidad emisora de la tarjeta: "*las tarjetas de débito tienen un riesgo mucho menor de pérdida que las transacciones a crédito y prácticamente ninguno de fraude. Por tanto, no existen los costes que justifican en gran medida la tasa de intercambio*" (*Bus. Law.*, vol. 53, 1998, p. 1099). Es más, a su juicio, la escasa aceptación que ha tenido este medio de pago en relación con las tarjetas de crédito en los Estados Unidos se debe al interés de Visa y Mastercard por retrasar su implantación debido a las menores comisiones vinculadas a las operaciones a débito (*Bus. Law.*, vol. 53, 1998, p. 1097 y ss).

¹²⁰ Vid. W. BLUMENTHAL, *Antitrust L. J.*, vol. 58, 1989, p. 862.

oferta y la demanda¹²¹. Así las cosas, la tasa de intercambio impide que el banco emisor se aproveche de su condición de único comprador mediante la imposición de un precio de intercambio excesivamente elevado¹²².

Sin embargo, otro sector de la doctrina estima que sí es posible la remuneración de los servicios prestados a la red de acuerdo con las reglas del libre mercado y que si ello no ocurre en la práctica, es debido la existencia de condicionantes económicos, contractuales y legales que lo impiden. En este sentido, Carlton y Frankel sostienen que la forma más eficiente de organizar la retribución de las redes bancarias consiste en permitir a los participantes sufragar sus costes directamente de aquellos a los que prestan un servicio¹²³. Si los bancos pudiesen negociar libremente con sus clientes, la ley de la oferta y la demanda garantizaría que se recuperasen los costes del servicio¹²⁴. Así pues, en condiciones de competencia, no cabe afirmar que la tasa de intercambio es un instrumento esencial para el funcionamiento de la red y la remuneración del banco emisor de la tarjeta¹²⁵.

¹²¹ Se entiende por monopsonio aquella situación en la que un único comprador domina el mercado (*Black's Law Dictionary*, 7ª Ed., p. 1023). Como señalan SAMUELSON y NORDHAUS (*Economía*, p. 733), monopsonio designa al comprador único de la misma manera que monopolio significa vendedor único.

¹²² "De no existir un acuerdo (sobre la tarifa uniforme) el banco emisor podría negarse a asumir las transacciones del banco adquirente, de modo que el banco adquirente se quedase colgado por la enorme tasa de intercambio", C. AHLBORN/ H. CHANG/ D. EVANS, *ECLR*, vol. 22, 2001, p. 309. En esta línea, M. POPOFSKY (*Antitrust L. J.*, vol. 54, 1985, p. 1146-47), señala que si no se alcanzase un acuerdo sobre el precio al que el banco emisor va a comprar al banco adquirente los recibos de pago de sus clientes, el comportamiento interesado de los primeros causaría la destrucción del sistema. A medida que los bancos emisores cobrasen comisiones cada vez más elevadas, los bancos adquirentes tenderían a abandonar la red porque no obtendrían beneficios.

¹²³ *Vid.* A. FRANKEL, *Antitrust L. J.*, vol. 66, 1998, p. 341 y D. BALTO, *Am. Banker*, 9 de marzo de 2000, s/p.

¹²⁴ En opinión de estos autores, si el razonamiento del tribunal en el caso *Nabanco* fuese correcto, la imposibilidad de compensar los costes debería impedir también que los bancos ofreciesen otros medios de pago sin una comisión de intercambio uniforme. Sin embargo, prácticamente todas las entidades de crédito norteamericanas ofrecen el servicio de cheques a sus clientes sin esta tarifa homogénea. *Vid.* D. CARLTON/ A. FRANKEL, *Antitrust L. J.*, vol. 63, 1995, p. 661.

¹²⁵ Básicamente D. CARLTON y A. FRANKEL (*Antitrust L. J.*, vol. 63, 1995, p. 656 y ss.) sostienen que cuando el precio del servicio se puede ajustar a sus costes y las entidades participantes compiten entre ellas para captar clientela, la tasa de intercambio no tiene ningún efecto sobre el precio

La utilización generalizada de la tasa de intercambio por los modernos sistemas de pagos se explica, en la práctica, porque existen numerosos impedimentos que hacen muy difícil negociar el precio de la tarjeta de crédito directamente con los usuarios de la misma¹²⁶. Así, los establecimientos comerciales no suelen estar dispuestos a cobrar precios diferentes en función del medio de pago empleado, fundamentalmente porque ello aumentaría sensiblemente sus costes de transacción. Además, las propias redes de tarjetas y algunos Estados han adoptado normas que prohíben a los comerciantes rebajar el precio de sus productos a quienes abonen sus compras en metálico¹²⁷. Así las cosas, el recurso a la tasa de intercambio es una consecuencia directa de la existencia de esta clase de restricciones y, por tanto, es preciso realizar un análisis más detallado de la misma antes de poder autorizarla sin más en virtud de la doctrina *Nabanco*¹²⁸.

4.4.2 Cajeros automáticos

En el ámbito de las redes de cajeros automáticos se utilizan similares argumentos para justificar el establecimiento de la tasa de intercambio¹²⁹. Básicamente, se considera que los propietarios de terminales carecen de incentivos para permitir el acceso a

final del servicio o la remuneración del banco emisor. Los citados autores proponen un sencillo modelo económico que lleva a esta conclusión. Así, sostienen que —en condiciones de competencia— si se aumenta la tasa de intercambio, la rivalidad de otras entidades forzará al banco emisor a devolver este beneficio extra a sus clientes en forma de descuentos. Sin embargo, el aumento de la tasa de intercambio obligará a su vez al banco adquirente a aumentar la comisión que le cobra por la gestión de sus pagos: este incremento provocará que los comerciantes suban el precio de sus productos. De esta manera, se cierra el círculo en tanto que la clientela se gastará las rebajas del emisor de la tarjeta en compensar el alza del precio de los bienes y servicios.

¹²⁶ Vid. A. FRANKEL, *Antitrust L. J.*, vol. 66, 1998, p. 343.

¹²⁷ Vid. D. CARLTON/ A. FRANKEL, *Antitrust L. J.*, vol. 63, 1995, p. 660-61.

¹²⁸ “La libre competencia aseguraría que se cubren los costes incluso sin emplear la tasa de intercambio. Por tanto, el razonamiento que subyace en la sentencia *Nabanco* es incorrecto”, D. CARLTON/ A. FRANKEL, *Antitrust L. J.*, vol. 63, 1995, p. 661.

¹²⁹ Vid. D. BAKER/ R. BRANDEL, *The law of EFT*, p. 24-74

clientes de otras entidades si no se establece un sistema de retribución uniforme¹³⁰. *A priori* podría parecer que el principio de reciprocidad constituye un acicate eficaz para fomentar la adhesión de bancos a la red; si el banco A permite a los clientes del banco B acceder a sus terminales, A también se beneficia porque su clientela podrá retirar dinero en los cajeros de B. Sin embargo, la reciprocidad no es suficiente cuando la red de cajeros adquiere cierta dimensión porque surge un problema de *free-riding*; las entidades adheridas tratarán de reducir su propia red en perjuicio de los demás bancos que siguen prestando servicio a sus clientes¹³¹. Así las cosas, se considera que la retribución uniforme compensa a los propietarios por los costes de tramitar las órdenes de los clientes de otras entidades.

Al igual que ocurrió en el caso *Financial Interchange*, el análisis del carácter necesario de la tasa de intercambio en los cajeros se ha visto relegado por el estudio de las posibles alternativas menos restrictivas de la competencia. El funcionamiento de los cajeros automáticos es más sencillo que el de las tarjetas porque el número de partes intervinientes se reduce a tres (emisor de la tarjeta, propietario del cajero y cliente); como se verá más adelante, en estas condiciones resulta más sencillo que cada entidad cobre directamente a los usuarios de los cajeros sin necesidad de pactar una comisión interbancaria¹³².

Pese al indudable interés que tiene la controversia existente acerca de los distintos factores que han de guiar la aplicación de la *rule of reason* a la tasa de intercambio, es menester advertir que las conclusiones acerca de la necesidad,

¹³⁰ Como señalan D.BAKER y R. BRANDEL (*The law of EFT*, p. 24-76) "la entidad propietaria del cajero no tiene ningún incentivo para permitir la utilización de tarjetas de otros bancos a menos que perciba algún tipo de compensación por ello".

¹³¹ El comportamiento oportunista en las grandes redes tiene lugar porque, en la medida en que las entidades propietarias soportan los costes de las operaciones, éstas están interesadas en que sus clientes utilicen los cajeros de otras entidades, al tiempo que prefieren reducir su propia red para reducir sus costes operativos. Vid. A. FRANKEL, *Antitrust L. J.*, vol. 66, 1998, p. 350.

¹³² Vid. *infra* el punto IV.2 del presente capítulo.

objetividad o voluntariedad de la comisión uniforme no agotan el examen *antitrust* de esta práctica bancaria. En efecto, si la sentencia *Nabanco* nos dice que la tasa uniforme es necesaria para el funcionamiento eficiente de las redes bancarias, el caso *Financial Interchange* nos recuerda que no se puede concluir que una conducta es razonable sin haber examinado antes si existen otras alternativas para lograr los mismos objetivos pero causando un perjuicio menor al libre mercado. Así pues, no es posible concluir el análisis *antitrust* de los precios bancarios sin examinar la cuestión de si existen alternativas menos restrictivas de la competencia que la controvertida tasa de intercambio, como se expone a continuación.

IV. ALTERNATIVAS MENOS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

De acuerdo con el normal proceder según el test de la *rule of reason* no basta con preguntarse si una práctica restrictiva es necesaria para la prestación eficiente de un servicio en común, sino que la jurisprudencia exige también plantearse si los objetivos procompetitivos que se persiguen con dicha conducta no podrían haberse logrado mediante algún mecanismo alternativo más respetuoso con el libre mercado. Si se evidencia que existen alternativas menos restrictivas, la conclusión a la que ha de llegarse es que se trata de una restricción de la competencia no razonable¹³³.

Las dos alternativas más significativas que se han planteado frente a la tarifa uniforme consisten en 1) la negociación bilateral entre las entidades participantes en la red; y 2) el cobro de los costes del servicio directamente a los usuarios del mismo. Entre los partidarios de la tasa de intercambio se estima que ninguna de estas opciones permitan garantizar el funcionamiento eficiente de las redes bancarias modernas. Así, se entiende que la negociación bilateral de la tarifa entre las entidades miembros es impracticable porque implica unos costes de transacción mucho más elevados que la tarifa uniforme; en este sentido, se contrapone la eficiencia de las condiciones preestablecidas frente a la dificultad de negociar bilateralmente cada una de las transacciones entre los miles de bancos adheridos al sistema. Además, en opinión de este sector doctrinal, el cobro directo de los gastos del servicio a los usuarios del mismo tampoco constituye una opción válida porque se encuentra con importantes dificultades a la hora de ponerla en práctica.

En las páginas siguientes se analizan con más detalle las dos alternativas propuestas frente a la tasa de intercambio. Como es lógico, las condiciones de competencia en el caso de las tarjetas es diferente a las de los cajeros y ello tiene

¹³³ D. PRYWES (*Bus. Law.*, vol. 44, 1989, p. 1130) afirma que la búsqueda de alternativas menos restrictivas de la competencia constituirá un elemento esencial para decidir un futuro caso sobre restricciones en los precios de los servicios de las redes bancarias.

importantes consecuencias a la hora de estudiar posibles alternativas frente a la tarifa uniforme. Merece la pena que nos detengamos en estudiar el desarrollo que de todas estas opciones han efectuado tanto la doctrina como la jurisprudencia norteamericanas.

1. Tarjetas de crédito: alternativas propuestas

Como se ha tenido ocasión de exponer, la sentencia *Nabanco* dictaminó que la tasa de intercambio constituía una restricción de la competencia necesaria para el funcionamiento eficiente de las redes de tarjetas de crédito. Además, el Undécimo Circuito sostuvo que la tasa controvertida representaba la opción menos restrictiva de todas las posibles para retribuir los servicios prestados dentro del sistema. Para este tribunal, la negociación bilateral entre los miembros del sistema no constituía una alternativa razonable a la tarifa uniforme porque, por una parte, aumentaba considerablemente los costes de transacción y, por otra, ponía en peligro la aceptación universal de las tarjetas¹³⁴.

Sin embargo, los cambios experimentados en la industria bancaria desde la sentencia *Nabanco*, permiten volver a plantear la conveniencia de que los bancos negocien bilateralmente las condiciones de sus operaciones. En particular, hoy el mercado de las tarjetas de crédito está mucho más concentrado que en la década de los ochenta, hasta el punto de que en los Estados Unidos una sola entidad procesa hasta el 35% de los recibos de pago de los comerciantes¹³⁵. Así las cosas, no es posible concluir

¹³⁴ Vid. *supra* el punto III.2 del presente capítulo.

¹³⁵ Vid. D. BALTO (*Am. Banker*, 9 de marzo de 2000, s/p), quien señala que no sólo el mercado de tramitación de órdenes de pago está hoy más concentrado que cuando se dictó la sentencia *Nabanco*. También el número de participantes en el mercado de emisión de tarjetas se ha reducido pues, en la actualidad, diez bancos emiten hasta el 60% de las tarjetas en los Estados Unidos.

categoricamente que negociaciones individuales entre el número relativamente bajo de bancos participantes en el mercado, pondrían en entredicho la viabilidad del sistema¹³⁶.

Además de la negociación bilateral, existe otra alternativa a la tasa de intercambio respecto de la cual la jurisprudencia no se ha pronunciado todavía, que consistiría en que los establecimientos comerciales cobrasen una comisión a los clientes que pagan con tarjeta para compensarles por el coste extra que les supone tramitar los pagos a través de la red bancaria. Así las cosas, los bancos emisores de las tarjetas tendrían que negociar con los establecimientos adheridos el importe de su comisión y lo mismo ocurriría en el caso de los bancos adquirentes. Esta medida constituiría un poderoso estímulo para la reducción de las dos comisiones citadas dado que quien tendría que pagarlas sería el consumidor final y usuario de la tarjeta. La idea que subyace en este planteamiento es que si los comerciantes pudiesen cobrar precios distintos en función del medio de pago empleado, la utilización de las tarjetas dejaría de ser gratis a los ojos de los consumidores y la demanda de este servicio tendería a ajustarse a los costes del mismo¹³⁷. Así las cosas, si los bancos pudiesen dar a conocer a sus clientes el precio por utilizar cada medio de pago —del mismo modo que se les informa, por ejemplo, de un impuesto que tienen que pagar— cabría esperar una competencia más intensa entre los distintos medios de pago y rebajas para quienes pagasen en metálico¹³⁸.

Esta opción exigiría eliminar las barreras que actualmente impiden a los comerciantes discriminar entre los distintos medios de pago empleados para abonar las

¹³⁶ A pesar de ello, D. BALTO (*ECLR*, vol. 21, 2000, p. 219) reconoce que los costes de transacción que entraña la negociación bilateral de las comisiones constituye el principal argumento en favor de la comisión interbancaria multilateral.

¹³⁷ *Vid.* D. CARLTON/ A. FRANKEL (*Antitrust L. J.*, vol. 63, 1995, p. 661), quienes sostienen que, en las actuales condiciones, los clientes que pagan en metálico o mediante cheques están subvencionando a quienes abonan sus compras con tarjeta de crédito. En efecto, el precio final que cobra el comerciante por su producto refleja la media de costes de transacción que soporta, sin poder descontar una cantidad a aquellos cuyo medio de pago no le supone ningún gasto adicional.

¹³⁸ *Vid.* A. FRANKEL, *Antitrust L. J.*, vol. 66, 1998, p. 348.

compras en sus establecimientos. Tales impedimentos son fundamentalmente dos: por una parte, aunque la legislación federal sobre la materia ha sido derogada, existen numerosas disposiciones legislativas estatales que impiden a los comerciantes cobrar recargos a los clientes que pagan con tarjeta¹³⁹; y, por otra, las normas de pertenencia a Visa y Mastercard van más allá y prohíben a los establecimientos comerciales adheridos que lleven a cabo cualquier tipo de discriminación entre medios de pago¹⁴⁰.

No cabe desconocer, sin embargo, que los efectos que una medida como la propuesta tendría en la práctica son inciertos, sobre todo en aquellos casos en los que la cuantía de la tasa de intercambio es reducida y a los comerciantes no les compensa discriminar entre medios de pago por lo mayores costes de transacción que ello conlleva. En palabras de Frankel, esta propuesta “*aunque en principio es correcta, puede tener escasa relevancia práctica cuando las entidades emisoras de tarjetas no establecen la tasa de intercambio de manera agresiva*”¹⁴¹.

En definitiva, a nuestro entender cabe poner en tela de juicio el razonamiento esgrimido en la sentencia *Nabanco* para justificar la tasa de intercambio en el ámbito de las tarjetas de crédito, pues tanto la negociación bilateral entre las entidades adquirentes (hoy más concentradas), como el cobro directamente al consumidor del coste extra que supone la tarjeta para los comerciantes, constituyen alternativas menos restrictivas de la competencia que han de ser estudiadas.

¹³⁹ En el pasado, la legislación bancaria federal prohibía toda discriminación entre transacciones en metálico y con tarjetas de crédito. A mediados de la década de los ochenta, se introdujo una reforma en la *Truth in Lending Act* en cuya virtud se permitía a los comerciantes realizar descuentos a los clientes que pagaban en metálico, aunque los recargos a quienes pagaban con tarjeta seguían prohibidos. En la actualidad, han sido derogadas todas las disposiciones federales limitativas de la libertad de los establecimientos comerciales. A pesar de ello, numerosos Estados todavía prohíben los recargos por utilizar tarjetas. Vid. D. CARLTON/ A. FRANKEL, *Antitrust L. J.*, vol. 63, 1995, p. 660.

¹⁴⁰ Vid. A. FRANKEL, *Antitrust L. J.*, vol. 66, 1998, p. 344.

¹⁴¹ A. FRANKEL, *Antitrust L. J.*, vol. 66, 1998, p. 348.

2. Cajeros automáticos: especial referencia a los *recargos* en los terminales

Como se ha tenido ocasión de exponer, el funcionamiento de la tasa de intercambio es más sencillo en el caso de los cajeros automáticos que en el de las tarjetas de crédito toda vez que el número de intervinientes en esta clase de operaciones se reduce a tres: 1) el banco emisor de la tarjeta; 2) el cliente que retira dinero de un cajero; y 3) el banco propietario del terminal. Los bancos participantes en la red bancaria suelen pactar una tasa de intercambio que se utiliza para compensar al banco propietario del cajero por permitir a los clientes de otras entidades utilizar sus terminales. Posteriormente, el banco emisor de la tarjeta le cobra la comisión externa a sus clientes para recuperar sus propios costes. Dado que en el caso de los cajeros el banco emisor apenas soporta costes ni riesgos vinculados a la operación, el importe de la comisión externa se destina prácticamente en su totalidad a sufragar la tasa de intercambio que recibe el propietario del terminal¹⁴².

Estas características genuinas de los cajeros permiten plantear una sencilla alternativa a la tasa de intercambio, que garantiza igualmente la universalidad de las redes de cajeros pero sin entrañar un acuerdo de voluntades entre los bancos participantes. Esta opción consiste en permitir al banco propietario del terminal (el destinatario de la tasa de intercambio) que le cobre directamente al usuario del servicio una comisión —denominada *recargo*— que le será descontada de su tarjeta en el momento de retirar dinero del cajero. En estas condiciones, no es necesario que el banco adquirente se ponga de acuerdo con el banco emisor para fijar el importe de la comisión, ya que quien la paga es el cliente y el banco emisor no soporta riesgo alguno con la operación ni tiene que adquirir posteriormente el recibo de la transacción, como ocurría con las tarjetas de crédito¹⁴³.

¹⁴² Vid. *supra* el punto III.1 del presente capítulo.

¹⁴³ En este sentido, A. FRANKEL (*Antitrust L. J.*, vol. 66, 1998, p. 355) realiza una interesante analogía entre los cajeros automáticos y las máquinas expendedora de refrescos. El autor se pregunta por qué si normalmente aceptamos pagar más por nuestra Coca-Cola en lugares turísticos que a las puertas de

Pese a la sencillez del planteamiento esbozado, el cobro de recargos se enfrenta a una fuerte oposición por parte de las asociaciones de consumidores que entienden que pagan dos veces por el mismo servicio. La razón de estas quejas radica en la extendida práctica bancaria según la cual el banco emisor de la tarjeta sigue cobrando a sus clientes la comisión externa por utilizarla en cajeros de otras entidades, aún cuando el banco propietario del terminal ya ha recuperado sus costes mediante el recargo¹⁴⁴. Como se expondrá a continuación, a nuestro entender esta conducta bancaria lo que demuestra es la ilegalidad *antitrust* de la tasa de intercambio, que debe ser abolida para no incurrir en un doble pago con la legítima comisión denominada recargo.

En las páginas siguientes se estudia la evolución de las comisiones vinculadas a las operaciones en cajeros automáticos, en la que se pone de manifiesto la paulatina consolidación de los recargos como principal instrumento para consolidar la implantación de cajeros automáticos en los Estados Unidos.

En efecto, las tarifas que han de abonar los clientes por retirar dinero en los cajeros automáticos han variado ostensiblemente con el paso del tiempo. Cuando en la década de los setenta comenzó la implantación de cajeros automáticos en los Estados Unidos, la mayoría de las entidades ofrecían este servicio gratis a sus clientes porque se consideraba que implicaba un ahorro de costes considerable en relación con el modelo de banca tradicional basado en la implantación de sucursales¹⁴⁵. Posteriormente, la conexión de los terminales a grandes redes y la multiplicación de los servicios que éstos

un supermercado, no deberíamos estar dispuestos a abonar una comisión mayor por retirar dinero en efectivo en los cajeros situados en lugares particularmente convenientes, como los centros comerciales. En suma, se entiende que la ley de la oferta y la demanda debe ser el criterio que guíe la implantación de cajeros, como así ocurre en el caso de las máquinas expendedoras.

¹⁴⁴ Según un estudio de Bankrate.com, en la actualidad más del ochenta y siete por ciento de los bancos norteamericanos cobran a sus clientes una comisión *externa* por utilizar los cajeros de otras entidades. De acuerdo con los 348 bancos encuestados, la cuantía media de la comisión es de 1,31 dólares. Vid. *ATMs and debit cards: ATM fees* <www.bankrate.com/brm/green/atm/atm3a.asp> (visitada 25/10/2000).

¹⁴⁵ Vid. D. BALTO, *Rev. Banking & Fin. Serv.*, vol. 12, 1996, p. 170.

ofrecen, han encarecido notablemente la instalación y mantenimiento de los mismos, de manera que los cajeros ya no representan el ahorro de costes que se pensaba en un principio¹⁴⁶. Para hacer frente a dichos gastos, los bancos comenzaron a cobrar a sus clientes la aludida comisión externa cuando retiran dinero en cajeros de otras entidades, mientras que la utilización de los propios se mantenía gratuita¹⁴⁷.

En aquellas fechas, no obstante, los bancos propietarios de los terminales no podían cobrar recargos directamente a sus usuarios, porque las principales redes de cajeros de ámbito nacional –Cirrus y Plus– así como algunas redes regionales, tenían normas que prohibían expresamente a sus miembros imponer la citada tasa¹⁴⁸. Así las cosas, la retribución del servicio se realizaba únicamente mediante la tasa de intercambio establecida colectivamente por la red bancaria (que se recaudaba por el banco emisor de a través de la citada comisión externa)¹⁴⁹. Esta situación llevó a algunas entidades adheridas a demandar a las redes de cajeros a las que pertenecían, por

¹⁴⁶ En este sentido, J. STAVINS (*FRB Boston- New Eng. Econ. Rev.*, enero/febrero, 2000, p. 14-15) pone de relieve que los avances tecnológicos en materia de servicios, seguridad, etc. provocan que el coste de instalación y mantenimiento de cajeros sea cada vez mayor. Además, aunque el coste marginal de los cajeros siga siendo menor que el de las sucursales, estos terminales tienen el inconveniente para los bancos de que estimulan a los consumidores a realizar más transacciones de las que realizarían si tuviesen que acudir a una sucursal, con el consiguiente aumento de costes.

¹⁴⁷ Como señala M. NEELY (*FRB St. Louis- Reg. Econ.*, julio, 1997, p. 6), la utilización de los cajeros de la propia entidad continua hoy siendo gratuita en la mayoría de los bancos norteamericanos porque se considera que dichas transacciones *on-us* constituyen un importante ahorro frente a las sucursales. En la línea de fomentar la utilización de cajeros en un número creciente de operaciones, algunas entidades llegan incluso a cobrar a sus clientes por realizar transacciones en las sucursales, o a ofrecer descuentos periódicos a quienes utilicen únicamente los cajeros. *Vid.*, al respecto, J. STAVINS, *FRB Boston- New Eng. Econ. Rev.*, marzo/abril, 1999, p. 11 y ss.

¹⁴⁸ Las propias redes, desde su creación, prohibieron a sus miembros imponer cualquier recargo adicional a los clientes que retiraban dinero de sus cajeros. Según D. BALTO (*Rev. Ban. & Fin. Serv.*, vol. 12, 1996, p. 170), existían dos razones para justificar tal restricción: 1) por una parte, se consideraba que, en la medida en que la remuneración de la entidad propietaria se limitaba a la tasa de intercambio, los bancos podían prever con certeza el coste de permitir a sus clientes la utilización de los cajeros adheridos a la red; y 2) por otra, sencillamente se entendía que la tasa de intercambio era suficiente para remunerar el servicio.

¹⁴⁹ *Vid.* M. DOULE, *N.C. Banking Inst.*, vol. 4, 2000, p. 499.

entender que la prohibición de recargos era incompatible con los dictados de la *Sherman Act*¹⁵⁰.

El asunto de la prohibición de recargos alcanzó relevancia jurídica por primera vez en la ya conocida resolución arbitral del caso *Financial Interchange*, en el que la entidad demandante, First Texas, pretendía eliminar la tasa de intercambio y sustituirla por un sistema que permitiese a los bancos cobrar directamente a quienes utilizaran sus cajeros automáticos. La resolución arbitral, no obstante, se inclinó por una solución intermedia en cuya virtud la tarifa de intercambio podía considerarse legítima siempre y cuando las redes de cajeros permitiesen simultáneamente a sus miembros cobrar recargos a la clientela. La decisión del árbitro Kauper se apoyaba en la idea de que los recargos permitían introducir competencia en las relaciones banca-cliente, sin eliminar las virtudes organizativas de la comisión de intercambio uniforme¹⁵¹.

Como resultado del caso *Financial Interchange*, la red regional de cajeros PULSE decidió cambiar su política y permitir a sus miembros imponer recargos si lo estimaban conveniente. Al amparo de esta decisión, otras entidades comenzaron a plantearse la legitimidad de la prohibición de los recargos desde la óptica del Derecho de la competencia, dando lugar a los casos que seguidamente se exponen¹⁵².

2.1 El caso *Valley Bank v. Plus* (1990)

La entidad demandante en este caso, Valley Bank, es una entidad de crédito constituida en Nevada que cuenta con una amplia red de sucursales en todo el Estado.

¹⁵⁰ Como afirma R. LITAN (*ATM fees*, p. 11), frustrados por las restricciones impuestas, los propietarios de cajeros presentaron diversas demandas *antitrust* alegando que la prohibición de recargos limitaba la implantación de cajeros en los Estados Unidos.

¹⁵¹ *Vid. supra* el punto III.3 del presente capítulo.

¹⁵² *Vid.* D. PRYWES (*Bus. Law.*, vol. 46, 1991, p. 1066) quien señala que desde la decisión de Texas en 1998, el debate sobre los recargos ha aumentado lenta pero invariablemente.

Por su parte, la entidad demandada, Plus System, es una *joint venture* formada por Visa U.S.A. que constituye una de las dos redes de cajeros automáticos de ámbito nacional en los Estados Unidos (la otra es Cirrus, creada por Mastercard). Los hechos en este litigio se desarrollaron como a continuación se relata¹⁵³.

En septiembre de 1998, algunos meses después de la resolución arbitral del caso *Financial Interchange*, Valley Bank tomó la decisión de cobrar recargos a los usuarios de cajeros automáticos situados en casinos, hoteles y aeropuertos. La citada entidad de crédito planeaba aumentar su red de terminales con apoyo en diversos estudios que sostenían la tesis de que los clientes estaban dispuestos a pagar recargos a cambio de la comodidad de obtener dinero en este tipo de localizaciones. Cuando Valley Bank comunicó su decisión a la red nacional de cajeros a la que pertenecía (Plus), ésta respondió que, antes de poder decidir sobre la conveniencia de levantar la prohibición de recargos, era necesario realizar estudios más detallados sobre las preferencias de los consumidores. Sin esperar al resultado de tales hipotéticos trabajos, Valley Bank demandó a Plus aduciendo que la prohibición de recargos constituía una fijación horizontal de precios incompatible con la *Sherman Act*¹⁵⁴.

Paralelamente al litigio *antitrust* planteado, Valley Bank promovió en la Cámara legislativa del Estado de Nevada la aprobación una norma que declarase ilegal la prohibición de recargos¹⁵⁵. Fruto de esta labor de *lobbying*, la Cámara promulgó una ley estatal que autoriza a las entidades de crédito del Estado a imponer recargos siempre que

¹⁵³ Vid. *Valley Bank of Nevada v. Plus System, Inc.*, 914 F.2d 1186 (9º Cir., 1990), que confirma la decisión del Tribunal del Distrito de Nevada de 1989 (749 F. Supp. 223).

¹⁵⁴ Vid. 914 F.2d, p. 1188.

¹⁵⁵ Vid. 914 F.2d, p. 1189. Es menester señalar que, en virtud de la teoría del Tribunal Supremo conocida como la *Noerr-Pennington Doctrine*, la *Sherman Act* no interfiere en el derecho que tienen las empresas de acudir al poder ejecutivo o legislativo para solicitar que se adopten medidas que les favorezcan, aunque tales medidas puedan restringir la competencia (*Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*, 365 U.S. 127 (1961). Vid., por todos, D. GIFFORD/ L. RASKIND (*Federal antitrust law*, p. 863), quienes señalan que la doctrina se apoya en la idea de que la legislación *antitrust* no fue redactada para aplicarse a la política y que el normal funcionamiento de los poderes públicos exige que exista una comunicación libre entre éstos y la ciudadanía.

se cumplan determinados requisitos informativos, al tiempo que prohíbe a las redes de cajeros restringir el ejercicio de dicha facultad¹⁵⁶.

Tras la promulgación de la citada ley, Valley Bank modificó sus alegaciones e incluyó un nuevo punto en su escrito de demanda, en el que se afirmaba que la prohibición de recargos era ilegal porque infringía la legislación estatal. Ante esta situación, a Plus no le quedó otra alternativa que alegar la inconstitucionalidad de la nueva ley, señalando que ésta vulneraba la Cláusula de Comercio por restringir el tráfico mercantil entre los Estados¹⁵⁷. Como es sabido, la Constitución norteamericana instauró un sistema federal que exige delimitar las funciones de las autoridades federal y estatales. En este sentido, el artículo I § 8 de la Constitución confiere al Congreso de los Estados Unidos la potestad de regular el comercio con otras naciones y entre los diferentes Estados. En virtud de este precepto —denominado Cláusula de Comercio— se entiende que corresponde a la cámara legislativa federal regular todos aquellos aspectos que puedan afectar o restringir el comercio entre los Estados integrantes de la Unión. En la práctica, dicha cláusula ha servido históricamente para justificar un amplísimo elenco de normas federales en materias tan diversas como legislación penal o regulación medioambiental, si bien en la actualidad la jurisprudencia del Tribunal Supremo parece decantarse por señalar algunos límites al ejercicio de tan amplio poder federal¹⁵⁸.

Pese a que el nuevo giro dado al caso por la promulgación de legislación estatal provocó que el Noveno Circuito enfocase su análisis sobre las cuestiones de constitucionalidad relacionadas con la Cláusula de Comercio, muchos de los argumentos

¹⁵⁶ En concreto, la citada norma establece que “*las entidades de crédito propietarias de cajeros podrán cobrar una comisión a los clientes que utilicen el terminal electrónico siempre que dicha comisión les sea comunicada*”, Nv. St. § 660.052. Además, se afirma que “*los acuerdos para compartir los terminales electrónicos no podrán prohibir, limitar o restringir la facultad que toda entidad de crédito tiene de cobrar a sus clientes las comisiones permitidas por el Derecho federal o estatal*”, Nv. St. § 660.095.

¹⁵⁷ *Vid.* 914 F.2d, p. 1189 y ss.

¹⁵⁸ *Vid.*, por todos, L. TRIBE, *American Constitutional Law*, p. 789 y ss.; y E. CHEMERINSKY, *Constitutional Law*, p. 174 y ss.

esgrimidos por las partes recuerdan al debate libertad de precios frente a eficiencia del asunto *Financial Interchange*¹⁵⁹. En efecto, como First Texas, Valley Bank alegaba que la prohibición de recargos restringía la implantación de las redes de cajeros y perjudicaba a los consumidores porque tenían menos terminales desde los que retirar su dinero¹⁶⁰.

En su escrito de alegaciones, la entidad demandada argumentaba que la prohibición de recargos era imprescindible para el funcionamiento eficiente de la red, pues sin ella no era posible garantizar el equilibrio de costes y beneficios entre sus miembros¹⁶¹. Además, la red de cajeros Plus sostenía que dicha norma permitía que cada banco retuviese el control exclusivo sobre las relaciones con sus clientes, al tiempo que protegía a la clientela frente a comisiones que no podían prever por anticipado¹⁶².

El Noveno Circuito rechazó los argumentos de Plus, principalmente porque la existencia de otras redes de cajeros en el Estado de Nevada que permitían los recargos, constituía una evidencia incuestionable de que dicha prohibición era innecesaria para el funcionamiento eficiente de la red¹⁶³. Por otra parte, aunque la sentencia reconocía que la distribución de costes y beneficios resultaba particularmente difícil en el caso de las redes de empresas debido al elevado número de intervinientes y al tamaño de los

¹⁵⁹ Vid. K. GRIMM/ D. BALTO, *Ga. St. U. L. Rev.*, vol. 9, 1993, p. 858.

¹⁶⁰ En concreto, la entidad demandante alegaba que la legislación estatal que permitía los recargos cumplía diversos objetivos legítimos, tales como 1) fomentar la implantación de terminales, aumentando la comodidad de sus usuarios; 2) mejorar la prestación del servicio de cajero a los turistas, los cuales constituyen una de las principales industrias del Estado de Nevada; 3) facilitar la correcta información sobre tarifas; y 4) asegurar que los beneficios del libre mercado se logren también en la prestación de dicho servicio, (749 F. Supp., p. 226-27).

¹⁶¹ Vid. 914 F.2d, p. 1190.

¹⁶² Vid. 914 F.2d, p. 1190 y K. GRIMM/ D. BALTO, *Ga. St. U. L. Rev.*, vol. 9, 1993, p. 858.

¹⁶³ Al respecto, el tribunal señaló que “el éxito de otras redes que permiten a sus miembros cobrar recargos demuestra que la uniformidad es innecesaria para la supervivencia de la red de cajeros”, 914 F.2d, p. 1192-93.

mismos, dicho argumento no debía emplearse para excluir cualquier intervención de los Estados en la materia¹⁶⁴.

En segundo término, la sentencia declaró que la regulación estatal respondía a objetivos legítimos porque el aumento del número de cajeros beneficiaba tanto a los ciudadanos del Estado que residían en lugares apartados, como a los numerosos turistas que lo visitaban y deseaban tener fácil acceso a su dinero¹⁶⁵.

Finalmente, el Noveno Circuito estimó que aunque la ley tendría como efecto inmediato el aumento de las comisiones a pagar por los clientes, esta medida beneficiaba a los consumidores porque a largo plazo la competencia entre bancos tendería a reducir dichas tarifas¹⁶⁶. Es más, el tribunal entendía que, en todo caso, el coste total del servicio de cajero automático —si se consideraban conjuntamente tanto la nueva comisión como las mayores facilidades de uso— podía ser menor al de otras alternativas como la retirada de efectivo en una sucursal¹⁶⁷.

Con estos antecedentes, el Undécimo Circuito resolvió que el Estado de Nevada no vulneraba la Cláusula de Comercio de la Constitución de los Estados Unidos porque la legislación controvertida no afectaba al tráfico mercantil entre los distintos Estados¹⁶⁸. Posteriormente, las partes llegaron a un acuerdo en cuya virtud la red nacional de

¹⁶⁴ *Vid.* 914 F.2d, p. 1190.

¹⁶⁵ *Vid.* 914 F.2d, p. 1196. La reiterada alusión en la sentencia a la comodidad que suponía para los turistas la existencia de una extensa red de cajeros, no debe extrañar si se tiene presente que los casinos de la ciudad de Las Vegas constituyen el principal atractivo turístico del Estado de Nevada.

¹⁶⁶ *Vid.* 914 F.2d, p. 1196.

¹⁶⁷ En este sentido, el tribunal se apoyó en un estudio presentado por Valley Bank —y no rebatido por la parte demandada— según el cual la disponibilidad de los clientes encuestados a pagar recargos demostraba que los beneficios de los recargos compensaban el coste añadido de los mismos. *Vid.* 914 F.2d, p. 1196.

¹⁶⁸ Es menester señalar que se han omitido las consideraciones del tribunal estrictamente referidas a la Cláusula de Comercio pues exceden el ámbito de este trabajo. Sobre el particular, *vid.* el artículo de D. PRYWES publicado en *Business Lawyer* (vol. 45, 1990, p. 1977 y ss.).

cajeros Plus se comprometía a permitir los recargos en Nevada y se archivaba el litigio *antitrust* pendiente¹⁶⁹.

En suma, Plus fue la primera red de cajeros de ámbito nacional que se unió a las redes regionales que ya permitían los recargos, si bien aplicó la citada política únicamente en Nevada¹⁷⁰. Además, siguiendo la línea inaugurada por la legislación de este Estado, a lo largo de la década de los noventa diversas cámaras legislativas estatales aprobaron disposiciones que expresamente autorizaban la práctica de imponer recargos¹⁷¹.

2.2 El asunto *Southtrust v. Plus* (1995)

A pesar de estos antecedentes, en 1995 el Tribunal del Distrito Norte de Alabama emitió una sentencia favorable a la red de cajeros Plus, en la que se declaraba que la prohibición de recargos no vulneraba las normas de competencia, decisión que no fue objeto de apelación. La sentencia sostenía que *Southtrust* carecía de legitimación para interponer la demanda porque el daño alegado no respondía al tipo de *antitrust injury* que las leyes de competencia tratan de proteger. Es más, aunque tuviese dicha legitimación, el tribunal afirmó que la práctica demandada era legal de acuerdo con el test de la *rule of reason*¹⁷². Por tanto, conviene analizar separadamente las cuestiones relativas a la legitimación activa, por una parte, y a la regla de lo razonable, por otra.

El artículo 4 de la *Clayton Act* dispone que cualquier persona que haya sufrido un daño en su negocio o propiedad por causa de una conducta prohibida por las leyes de competencia, está legitimada para entablar un litigio *antitrust* y solicitar como

¹⁶⁹ Vid. K. GRIMM/ D. BALTO, *Banking L. Rev.*, vol. 4, 1992, p. 15.

¹⁷⁰ Vid. A. PIDGEON, *NYU J. Legis. & Pub. Pol'y.*, vol. 3, 2000, p. 401.

¹⁷¹ Una lista orientativa de los Estados que aprobaron legislaciones permitiendo los recargos se puede consultar en el artículo de A. PIDGEON (*NYU J. Legis. & Pub. Pol'y.*, vol. 3, 2000, p. 400).

¹⁷² Vid. *Southtrust Corporation v. Plus System*, 913 F. Supp. 1517 (N.D. Ala., 1995).

indemnización el triple de los daños sufridos¹⁷³. Aunque el citado precepto parece conceder legitimación activa frente a cualquier daño, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha encargado de señalar ciertos límites a las acciones civiles por violaciones del Derecho de la competencia, entre los que destacan la doctrina del *antitrust injury* y la regla del adquirente indirecto¹⁷⁴. En definitiva, es importante recordar que no todas las personas perjudicadas por una violación de las normas *antitrust* tienen derecho a demandar al infractor¹⁷⁵.

El Tribunal Supremo ha precisado una serie de factores que han de ser tenidos en cuenta por los tribunales inferiores a la hora de decidir la cuestión de la legitimación: 1) la relación causal entre la infracción de las normas de competencia y el daño ocasionado; 2) la intención de causar un perjuicio; 3) la naturaleza del daño; y 4) el carácter directo o indirecto del mismo¹⁷⁶.

En la práctica el factor más importante es el tercero —que se conoce como la doctrina del *antitrust injury*— el cual requiere que el perjuicio sufrido sea “*el tipo de daño que las leyes de competencia tratan de evitar y que se deriva de aquello que hace*

¹⁷³ 15 U.S.C. § 15. En la doctrina española, *vid.* M. AREÁN LALÍN, *La Ley*, núm. 1306, de 17 de octubre de 1985.

¹⁷⁴ En el fondo de la cuestión de la legitimación activa (*standing to sue*) está la difícil tarea de determinar qué volumen de acciones civiles debería permitir el ordenamiento jurídico para maximizar la eficiencia de la aplicación del Derecho *antitrust*. En efecto, H. HOVEMKAMP (*Federal antitrust policy*, p. 593 y ss.) señala que si cualquier persona pudiese interponer una demanda y solicitar como indemnización el triple del daño sufrido, se multiplicarían los costes del sistema y serían menores los éxitos contra los carteles que si únicamente se autoriza a actuar a quienes hayan sufrido un perjuicio más directo. Sobre el particular, *vid.* el excelente trabajo de C. FLOYD y E. SULLIVAN, *Private antitrust actions*, p. 629 y ss.

¹⁷⁵ Como afirma H. HOVEMKAMP (*Federal antitrust policy*, p. 593), “*muchas personas carecen de legitimación para interponer una demanda en virtud del artículo 4 (de la Clayton Act), aunque hayan sido perjudicadas por la infracción antitrust de otra persona*”. Así las cosas, el demandante privado tiene que demostrar en juicio que está legitimado para interponer la demanda, lo que le diferencia del Departamento de Justicia, el cual está facultado para acusar a cualquier persona que infrinja las normas de la competencia. *Vid.*, al respecto, P. AREEDA/ H. HOVEMKAMP, *Antitrust Law*, ¶ 360.

¹⁷⁶ *Vid.* *Associated General Contractors of California v. California State Counsel of Carpenters*, 459 U.S. 519, 537-46 (1983).

que los actos del demandado sean ilegales”¹⁷⁷. En síntesis, la citada regla exige que el demandante acredite, por una parte, la existencia *a priori* de una conducta ilegal y, por otra, que se trata de un perjuicio de alguna manera previsto por las normas *antitrust*¹⁷⁸.

De igual forma, en el conocido caso *Illinois Brick*, el Tribunal Supremo estableció otro límite de gran importancia a la legitimación de los particulares en los litigios *antitrust*¹⁷⁹. En virtud de la denominada regla del *adquirente indirecto*, se afirma que únicamente quienes adquirieron bienes o servicios directamente de las empresas infractoras pueden demandarlas y reclamar el triple de los daños causados¹⁸⁰. Cabe señalar, no obstante, que se exceptúan de esta regla los siguientes supuestos: 1) cuando existe un pacto entre el adquirente directo y el indirecto para repercutir sobre el segundo el sobreprecio resultante de la infracción; 2) el adquirente directo es una filial de la entidad infractora; y 3) en los supuestos de fijación vertical de precios, porque el comprador directo (quien luego vende al consumidor) también participa en la práctica colusoria¹⁸¹.

Pues bien, en el caso objeto de consideración, el Tribunal del Distrito Norte de Alabama se apoyó en la doctrina del *antitrust injury* para concluir que Southtrust carecía de legitimación activa para demandar a la red de cajeros a la que pertenecía (Plus).

¹⁷⁷ *Brunswick v. Pueblo Bowl-O-Mat*, 429 U.S. 477, 488-89 (1977).

¹⁷⁸ Vid. E. SULLIVAN/ J. HARRISON, *Understanding antitrust*, p. 45.

¹⁷⁹ Vid. *Illinois Brick v. Illinois*, 431 U.S. 720 (1977). Ya en aquellas fechas, la extraordinaria relevancia práctica de la sentencia fue puesta de manifiesto en nuestro país por el profesor FERNÁNDEZ-NOVOA (ADI, vol. 5, 1978, p. 664) quien afirmaba que, en virtud del fallo, “los últimos consumidores que muy a menudo son las auténticas víctimas de la fijación ilegal de un precio impuesto, no están legitimados para demandar al fabricante o fabricantes que fijan el precio a los revendedores del correspondiente producto”.

¹⁸⁰ En concreto, el más alto tribunal declara que el mero hecho de que el sobreprecio pagado por el comprador suela repercutirse en quienes contratan con él, no es suficiente para concederles legitimación. En definitiva, la regla del adquirente indirecto constituye una muestra más de la necesidad de restringir el recurso a las acciones civiles de los entes privados. Vid. E. GELLHORN/ W. KOVACIC, *Antitrust law and economics*, p. 467.

¹⁸¹ Vid. P. AREEDA/ H. HOVEMKAMP, *Antitrust Law*, ¶ 371.

Básicamente, se entendía que faltaba el primer elemento de la citada doctrina –la conducta ilegal– porque la prohibición de recargos no entrañaba ningún riesgo de perjudicar a la competencia. Es más, la prohibición controvertida tenía un efecto procompetitivo pues con ella se pretendía proteger a la clientela frente a comportamientos oportunistas de las entidades propietarias de cajeros¹⁸². En opinión del juez, dicha regla podía perjudicar a Southtrust que recaudaba menos por permitir la utilización de sus cajeros, pero en modo alguno menoscababa a la competencia en el mercado; al respecto, se recordaba que “*el propósito del Derecho antitrust es proteger el proceso competitivo, no a los competidores*”¹⁸³.

A nuestro entender, la sentencia resulta en este punto criticable porque confunde la cuestión de la legitimación activa con la existencia o no de un ilícito *antitrust*. Como se recordará, la legitimación del demandante requiere que se acredite tanto la existencia de una conducta ilegal, como la relación del daño ocasionado con los fines de las normas *antitrust*. En esta fase previa, para decidir si concurre el primero de estos elementos –la conducta ilegal–, es suficiente con un examen objetivo de las normas de competencia, sin que sea necesario un examen detallado de los hechos probados.

Algunos tribunales, no obstante, utilizan la técnica de denegar legitimación al demandante cuando en realidad lo que ocurre es que no existe ninguna infracción de las normas *antitrust*¹⁸⁴. Este modo de proceder les resulta más cómodo porque pueden desestimar una demanda con apoyo en una visión objetiva de las normas y, por tanto, sin

¹⁸² Vid. 913 F. Supp., p. 1522.

¹⁸³ 913 F. Supp., p. 1522, citando la célebre expresión del Tribunal Supremo en el caso *Brown Shoe v. United States* (370 U.S. 294, 320 [1962]).

¹⁸⁴ Es ilustrativo el siguiente texto de P. AREEDA y H. HOVENKAMP (*Antitrust Law*, ¶ 360f) “*desgraciadamente, cada vez más son los tribunales que deniegan la legitimación del demandante, cuando en realidad quieren decir que no ha existido ninguna infracción (...) un tribunal que, en el curso de su análisis conforme a la rule of reason, no aprecia ninguna amenaza para la competencia, puede adoptar la decisión de negar que el demandante haya sufrido antitrust injury y cerrar el caso por falta de legitimación. Sin embargo, dicha sentencia sería incorrecta, porque la ausencia de una amenaza para la competencia significa que no existe ninguna infracción y que, por lo tanto, incluso aunque la demanda hubiese sido presentada por el gobierno –cuya legitimación es automática– debería desestimarse*”.

tener que analizar difíciles cuestiones de hecho como la delimitación del mercado o la existencia de una posición dominante. Sin embargo, dicha práctica es criticable por cuanto puede inducir a error a otros tribunales que posteriormente tengan que examinar una conducta similar a la desestimada en estos términos¹⁸⁵.

En su lugar, los profesores Areeda y Hovenkamp proponen que, en caso de duda, los tribunales tramiten la demanda siempre que los hechos y los fundamentos de derecho alegados por el particular bastarían para entrar a considerar el fondo del asunto si actuase como demandante una autoridad federal, cuya legitimación es automática¹⁸⁶. En nuestra opinión, esta crítica es plenamente aplicable en el caso *Southtrust*, pues no cabe descartar *a priori* que la prohibición de recargos pueda lesionar la competencia, cuando lo que el tribunal debería haber hecho es examinar todas las circunstancias del caso para determinar si dicha regla constituye o no una infracción de las normas de competencia.

En segundo término, el tribunal de distrito señaló que, aún en el caso de que *Southtrust* estuviese legitimado para actuar, debería desestimarse la demanda porque la prohibición de recargos era una restricción de la competencia razonable¹⁸⁷. La sentencia se apoyó en la doctrina del Undécimo Circuito el cual, en el conocido caso *Nabanco*, había concluido que la tasa de intercambio entrañaba una limitación del libre mercado razonable¹⁸⁸. Ciertamente, en la misma línea el tribunal concluyó que la prohibición de recargos no constituía una infracción *per se* de las normas *antitrust*, porque tenía como principal objetivo mejorar la eficiencia económica y hacer el mercado más competitivo¹⁸⁹.

¹⁸⁵ Vid. P. AREEDA y H. HOVENKAMP, *Antitrust Law*, ¶ 360f.

¹⁸⁶ Vid. P. AREEDA y H. HOVENKAMP, *Antitrust Law*, ¶ 360f.

¹⁸⁷ Vid. 913 F. Supp., p. 1522.

¹⁸⁸ Vid. J. FASTOW, *Banking L. J.*, vol. 115, 1998, p. 782.

¹⁸⁹ Vid. 913 F. Supp., 1523-24.

En lo que atañe a la definición del mercado, la sentencia declaró que el mercado de referencia estaba constituido por todos los medios de pago¹⁹⁰. Del mismo modo que la sentencia *Nabanco* en la que se inspira, el tribunal sostenía que no se debía circunscribir el mercado a un único medio de pago —en este caso, los cajeros automáticos— porque los consumidores podían emplear indistintamente cajeros, cheques o tarjetas de crédito para obtener dinero en efectivo¹⁹¹. Con un mercado relevante tan amplio, era incuestionable que Plus no tenía poder de mercado¹⁹².

Por último, el tribunal de distrito afirmó que la prohibición de recargos mejoraba la eficiencia de las redes bancarias de manera similar a la tasa de intercambio, por lo que cabía concluir que dicha regla era razonable. En particular, la norma beneficiaba a los consumidores porque 1) otorgaba seguridad en los precios e 2) impedía comportamientos oportunistas de los propietarios de terminales. En efecto, por una parte, la prohibición controvertida permitía a los consumidores conocer por anticipado el precio del servicio sin tener que emplear mucho tiempo buscando cuál era el cajero automático con una tarifa más baja¹⁹³. Por otra, teniendo en cuenta que la mayoría de los usuarios de Plus realizan sus transacciones cuando estaban de viaje, la citada medida representaba un instrumento útil para evitar que los propietarios de los terminales se aprovecharan de unos consumidores más expuestos a posibles abusos por estar fuera de su lugar de residencia habitual¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Vid. 913 F. Supp., p. 1523.

¹⁹¹ Vid. 913 F. Supp., p. 1523.

¹⁹² Vid. 913 F. Supp., p. 1523. Al respecto, D. BAKER (*Antitrust Bull.*, vol. 41, 1996, p. 417) afirma que también debía excluirse el carácter dominante porque Plus constituía una red de cajeros de ámbito nacional, en lugar de una red regional fuertemente implantada en algún Estado.

¹⁹³ Vid. 913 F. Supp., p. 1524.

¹⁹⁴ Como se recordará, la red Plus era una de las pocas que existían en los Estados Unidos de ámbito nacional, por lo que generalmente se utilizaba cuando no existía ninguna otra red común entre el titular de la tarjeta y el cajero automático. Por ello, se solían tramitar a través de Plus operaciones de turistas que no tenían nada en común con la red regional a la que pertenecía el cajero del que retiraban su dinero. Vid. 913 F. Supp., p. 1524-25.

Con fundamento en los argumentos expuestos, el tribunal de distrito concluyó que la prohibición de recargos establecida por Plus beneficiaba a los competidores y favorecía el libre mercado, por lo que en modo alguno infringía las normas *antitrust*¹⁹⁵. A pesar de que la sentencia afirmó sin matices la legalidad *antitrust* de los recargos, poco tiempo después de su publicación, Plus y su competidora de ámbito nacional (Cirrus) decidieron dejar sin efecto dicha regla y permitir a todos sus miembros cobrar recargos a los usuarios de sus terminales, lo cual ha generado una intensa polémica que se expone a continuación.

2.3 La generalización de los recargos entre los bancos norteamericanos a finales de la década de los noventa

En abril de 1996 las dos redes de cajeros de ámbito nacional –Plus y Cirrus– tomaron la decisión de levantar la prohibición de recargos y permitir que los bancos propietarios de terminales cobrasen a los clientes de otras entidades por utilizar sus cajeros¹⁹⁶. El anuncio podría resultar, en principio, sorprendente por cuanto se produjo poco tiempo después de que el tribunal de distrito de Alabama declarase que desde el punto de vista *antitrust* era legal prohibir estas comisiones¹⁹⁷. Oficialmente, Plus y Cirrus alegaron que el cambio de política se debía, por una parte, a la existencia de legislaciones estatales que expresamente autorizaban los recargos y, por otra, al deseo expresado por los consumidores de poder contar con cajeros automáticos en zonas

¹⁹⁵ En palabras del juez Pointer, “*este tribunal concluye que el resultado final de las reglas de Plus, incluida la prohibición de recargos, es procompetitivo y que, por lo tanto, la conducta controvertida debe ser autorizada de acuerdo con el test de la rule of reason*” (913 F. Supp., p. 1525).

¹⁹⁶ Aunque, como se ha visto, el problema no era nuevo, la decisión adoptada por las dos redes nacionales de cajeros en 1996 provocó que el debate sobre recargos alcanzase una intensidad desconocida hasta entonces. *Vid.* M. OLMSTED, *Nw. Fin. Rev.*, vol. 184, 1999, s/p.

¹⁹⁷ En palabras de D. BALTO (*Rev. Banking & Fin. Serv.*, vol. 12, 1996, p. 171), “*es irónico que después de ganar el caso, Plus decidiese levantar su prohibición de recargos*”.

económicamente menos desarrolladas¹⁹⁸. Otros autores, no obstante, sugieren que la verdadera motivación de la decisión radicaba en la competencia que entrañaban las redes regionales que ya los permitían¹⁹⁹, en la presión que ejercieron importantes miembros de la red en este sentido²⁰⁰, así como en la posibilidad de que las autoridades *antitrust* emprendiesen acciones legales contra dicha prohibición²⁰¹.

El anuncio de las dos redes nacionales tuvo importantes consecuencias para la mayoría de los usuarios de cajeros automáticos en el país norteamericano, pues aunque ya existían algunas disposiciones estatales que autorizaban los recargos, se trataba siempre de Estados pequeños con escasa población.²⁰² Además, gran parte de las redes regionales de cajeros que todavía prohibían los recargos decidieron cambiar su actitud tras conocer la decisión de Plus y Cirrus²⁰³. Así pues, en la actualidad se constata que la gran mayoría de los bancos estadounidenses cobran a quienes utilizan sus terminales sin ser clientes de la entidad²⁰⁴.

¹⁹⁸ Vid. el testimonio de P. ALLEN, vicepresidente de VISA U.S.A., en la Comisión del Congreso sobre Banca y Servicios Financieros (Subcomisión de Instituciones Financieras y Crédito al Consumo), 25 de abril de 1996, p. 6.

¹⁹⁹ Vid. M. NEELY, *FRB St. Louis- Reg. Econ.*, julio 1997, p. 7.

²⁰⁰ En efecto, D. BALTO (*Rev. Banking & Fin. Serv.*, vol. 12, 1996, p. 171-72) señala que diversas entidades propietarias de cajeros se estaban planteando darse de baja en la red Plus y evitar así la prohibición de recargos.

²⁰¹ Vid. J. BRADBURY, *CATO Brief. Papers*, núm. 36, 1998, p. 2.

²⁰² Ciertamente, la decisión de las redes nacionales de cajeros afectó a los usuarios de los Estados más poblados como Nueva York, California o Illinois. Vid. M. NEELY, *FRB St. Louis- Reg. Econ.*, julio 1997, p. 7.

²⁰³ Vid. M. NEELY, *FRB St. Louis- Reg. Econ.*, julio 1997, p. 7.

²⁰⁴ Según el último informe sobre tarifas bancarias de la Reserva Federal (BOARD OF GOVERNORS OF THE FEDERAL RESERVE SYSTEM, *Annual Report to the Congress on Retail Fees and Services on Depository Institutions*, julio 2001, p. 9-10), en los Estados Unidos más del 75% de los bancos cobran esta clase de recargos. En similares términos, existen numerosos estudios que dan cuenta del éxito que esta práctica bancaria ha tenido entre los bancos norteamericanos, vid. H. STOCK, *Am. Banker*, 23 de noviembre de 1999, s/p.

La generalización de los recargos ha dado lugar a una fuerte oposición de los grupos de consumidores²⁰⁵, en parte porque ahora tienen que pagar por un servicio que era gratuito²⁰⁶; y como resultado de esta presión se han planteado, no siempre con éxito, iniciativas legislativas en el plano federal, estatal y municipal, que a continuación se exponen.

2.3.1 Iniciativas legislativas encaminadas a prohibir los recargos

Desde finales del año 1997, se han planteado en los Estados Unidos numerosas propuestas legislativas destinadas a impedir que los bancos propietarios de los cajeros automáticos puedan cobrar una comisión a los clientes de otras entidades que retiran dinero en sus terminales. Sin embargo, las iniciativas emprendidas hasta la fecha han tenido poco éxito tanto en el plano federal, como estatal o local.

En el ámbito federal, en los últimos años hemos asistido a un amplio caudal de iniciativas destinadas a prohibir –mediante diversas técnicas legislativas y con mayor o menor amplitud– la imposición de recargos en los cajeros, si bien al día de hoy ninguna de ellas se ha convertido en una ley federal²⁰⁷. En particular, a lo largo del Centésimo Sexto Congreso se presentaron hasta seis proyectos de ley que no fueron aprobados por la cámara. La primera propuesta en este sentido correspondió al senador D’Amato quien presentó una propuesta en 1997 (*The Fair ATM Fees Act*) destinada a prohibir la citada comisión por estimar que lesionaba los intereses de los consumidores y la libre

²⁰⁵ Merece destacarse la labor en este sentido de dos asociaciones de consumidores: el *U.S. Public Interest Research Group* (PIRG) que mantiene un interesante *web site* sobre recargos <www.stopatmfees.com>; y el *Center for the Study of Responsible Law*, el cual publica una revista electrónica sobre el tema *ATM Surcharge Bulletin* <www.newrules.org/ancillary_pages/bulletins.htm#ATM> (visitadas 6/11/2000).

²⁰⁶ “Naturalmente, pocos consumidores quieren pagar por un servicio que en el pasado les era ofrecido gratis”, J. BRADBURY (*CATO Brief. Papers*, núm. 36, 1998, p. 1).

²⁰⁷ La tramitación legislativa de los proyectos de ley que a continuación se exponen puede consultarse a través del *web site* del Congreso <<http://thomas.loc.gov>>.

competencia en el mercado²⁰⁸; propuesta que fue finalmente rechazada por la mayoría del Senado²⁰⁹.

A pesar de este inicial rechazo el Senado, en abril de 1999 el congresista Hinchey presentó un nuevo proyecto de ley (*Fair ATM Fees for Consumers Act*)²¹⁰ que, al igual que la propuesta anterior, pretendía reformar la legislación federal para introducir una prohibición expresa de los recargos²¹¹. En el mes de noviembre, los congresistas Waters y Sanders presentaron sendas propuestas que –utilizando diversas técnicas legislativas– proponían igualmente la eliminación de los recargos. La propuesta de Waters también se apoyaba en la idea de prohibir expresamente la tasa controvertida²¹², porque entendía que resultaba contraria a la finalidad social que deben cumplir las entidades financieras²¹³. Por su parte, el proyecto de Sanders se diferenciaba claramente del resto de iniciativas de sus colegas pues simplemente pretendía que se declarase que ninguna ley federal impedía a las autoridades estatales o locales legislar sobre la materia²¹⁴. Como se verá a continuación, esta cuestión tiene una importancia

²⁰⁸ Vid. A. D'AMATO (*Opening statement*, p. 1), quien en aquellas fechas alertaba sobre “la propagación de una nueva práctica bancaria que perjudica a los consumidores, a la competencia y al libre mercado: los recargos”.

²⁰⁹ Vid. C. BRUCE, *Banking Daily News*, 18 de septiembre de 1998, p. D3.

²¹⁰ Vid. Propuesta H.R. 1575 IH del congresista M. HINCHEY, presentada el 27 de abril de 1999, 106º Congreso, (*The Fair ATM Fees for Consumers Act*).

²¹¹ En particular, tanto la propuesta de D'Amato como la de Hinchey, pretendían reformar el artículo 905 de la *Electronic Funds Transfer Act* (EFTA) e introducir el siguiente párrafo final:

“(d) *Limite a las comisiones: con respecto a las transacciones efectuadas en un terminal electrónico, no se podrá cobrar al consumidor un recargo en dicho terminal, si tal transacción: 1) no guarda relación o afecta a una cuenta que el cliente mantiene con la entidad propietaria del terminal; y 2) se tramita a través de una red bancaria electrónica de ámbito nacional o regional.*”

²¹² El proyecto de ley pretendía introducir un nuevo artículo 918 en la EFTA que prohibiese expresamente los recargos. Vid. Propuesta H.R. 3503 IH del congresista M. WATERS, presentada el 18 de octubre de 1999, 106º Congreso (*ATM Surcharge Elimination and Consumer Empowerment Act*).

²¹³ Vid. la carta de Waters publicada en *American Banker* con fecha 7 de enero de 2000, en la que se afirmaba que la idea de que los bancos tienen la responsabilidad de satisfacer las necesidades de la comunidad, cuenta con un profundo arraigo en la sociedad norteamericana.

²¹⁴ Vid. Propuesta H.R. 3494 IH del congresista B. SANDERS, presentada el 18 de octubre de 1999, 106º Congreso, (*State and Local Automated Teller Machine Regulation Protection Act of 1999*). Ha de reseñarse que la propuesta de Sanders contaba con el respaldo inicial de otros veinte congresistas.

extraordinaria porque los bancos suelen utilizar el argumento de la supremacía de la ley federal para oponerse a las iniciativas de las autoridades estatales o locales en este campo. En el año 2000, los congresistas Schakowsky y Andrews presentaron sendas iniciativas para modificar la legislación federal sobre comisiones²¹⁵.

Posteriormente, en el vigente Centesimo Séptimo Congreso, el congresista Sanders ha vuelto a presentar una iniciativa destinada a permitir a los Estados y Corporaciones Municipales legislar sobre recargos en los cajeros automáticos; propuesta que en la actualidad está siendo considerada por el Subcomité de Asuntos Financieros de la Cámara de Representantes²¹⁶.

Por lo que respecta a la legislación estatal, cabe señalar que en numerosos Estados se han presentado proyectos de ley destinados a restringir o prohibir los recargos. Sin embargo, únicamente en Iowa dicha iniciativa ha dado lugar a la promulgación de una ley que expresamente los prohíba. Además, en otros tres Estados se han publicado normas que establecen límites a la cuantía de dicha comisión²¹⁷.

Donde la oposición normativa a los recargos se ha planteado con mayor intensidad es en el plano municipal. En concreto, las ciudades californianas de Berkeley²¹⁸, Santa Mónica²¹⁹ y San Francisco han sido las primeras en aprobar normas

²¹⁵ Vid. la Propuesta H.R. 4332 IH, presentada por J. SCHANOWSKY, el 13 de abril de 2000, 106º Congreso (*Consumer Fairness Act*). El proyecto de ley de Schanowsky se presentaba como una "declaración de derechos del cliente de servicios financieros" por lo que abarcaba muchos aspectos que iban más allá de los recargos, vid. C. WOKER, *Am. Banker*, 3 de mayo de 2000, s/p. Vid, asimismo, la Propuesta H.R. 4812 IH, presentada por el congresista R. ANDREWS con fecha 10 de julio de 2000, 106º Congreso (*Access to Money [ATM] Act of 2000*).

²¹⁶ Propuesta H.R. 1047, presentada por el congresista R. ANDREWS, con fecha 15 de marzo de 2001, 107º Congreso (*Access to Money [ATM] Act of 2001*).

²¹⁷ En relación con la legislación estatal en este ámbito vid., por todos, A. PIDGEON, *NYU J. Legis. & Pub. Pol'y.*, vol. 3, 2000, p. 411-12.

²¹⁸ Ciertamente, Berkeley fue la primera ciudad de Estados Unidos que aprobó una norma en este sentido, vid. E. SANDERS, *L. A. Times*, 15 de mayo de 1999, p. C2.

²¹⁹ Vid. M. MORIN, *L. A. Times*, 7 de octubre de 1999, p B3.

que prohíben a los bancos imponer recargos en sus cajeros automáticos. En San Francisco, la cuestión fue sometida a la voluntad de los residentes en la ciudad quienes ampliamente apoyaron la medida, en lo que constituye el primer referéndum celebrado sobre el tema en los Estados Unidos²²⁰. Además, otras importantes ciudades se plantearon la posibilidad de seguir este ejemplo, sin que hasta el momento se haya aprobado ninguna otra ordenanza municipal en este ámbito²²¹.

La reacción de los grandes bancos norteamericanos frente las disposiciones estatales y locales que prohíben los recargos, ha consistido en acudir a los tribunales para cuestionar su legalidad con apoyo en la idea de que dicha normativa es incompatible con la legislación bancaria federal que aboga por la libertad de tipos de interés y comisiones. A continuación se analizan brevemente los casos más significativos.

2.3.2 Polémica acerca de la compatibilidad de las disposiciones estatales y municipales sobre recargos con la legislación bancaria federal

A. Planteamiento del problema

En el sistema bancario norteamericano conviven las entidades de crédito constituidas según el Derecho estatal y el federal, en lo que se conoce como *dual banking system*²²². El artículo 24 de la Ley Bancaria Federal (*National Bank Act*) establece las funciones que corresponden a los bancos federales —*national banks*— entre

²²⁰ Los promotores de la iniciativa afirman que, ante el fracaso de las medidas adoptadas por los políticos, los ciudadanos han decidido solucionar este asunto. Vid. H. STOCK, *Am. Banker*, 10 de agosto de 1999, s/p.

²²¹ Como señalan O. SENERPONT (*Am. Banker*, 1 de noviembre de 1999, s/p) y H. STOCK, (*Am. Banker*, 19 de noviembre de 1999, s/p.) ciudades como Nueva York, Los Angeles o Nueva Orleans también han estudiado la posibilidad de prohibir los recargos.

²²² Vid., por todos, J. MACEY/ G. MILLER, *Banking Law and Regulation*, p. 111 y ss.

las que se cuentan desempeñar “todas aquellas competencias incidentales que se consideren necesarias para desempeñar el negocio bancario”²²³.

La autoridad encargada de regular los bancos federales es la *Office of the Comptroller of the Currency* (OCC). La OCC ha publicado el reglamento número 7.4002 sobre comisiones bancarias, según el cual los bancos federales son libres para determinar en qué casos cobran comisiones a sus clientes y la cuantía de las mismas²²⁴. La agencia bancaria federal ha interpretado ampliamente los términos de dicha disposición, afirmando que ésta se aplica también a los usuarios de cajeros automáticos que no son clientes de la entidad propietaria del terminal²²⁵. Por lo tanto, en opinión de la OCC, los bancos federales están facultados para cobrar recargos a los usuarios de sus cajeros, aunque éstos sean clientes de otras entidades de crédito²²⁶.

Así las cosas, se pone de manifiesto que la promulgación de disposiciones estatales o locales prohibiendo los recargos puede resultar incompatible con la interpretación de la *National Bank Act* que realiza la OCC (a favor de tales comisiones); cuestión que necesariamente habrá de resolverse según los principios constitucionales de distribución de competencias entre los Estados y la autoridad federal.

El artículo 1 de la Constitución de los Estados Unidos no concede a la autoridad federal el poder de regular sobre cualquier materia, sino únicamente sobre aquellas que la Norma Fundamental determina²²⁷. En efecto, un principio básico del

²²³ 12 U.S.C. § 24.

²²⁴ Vid. Regulation 7.4002 (*National Bank Charges*), 12 C.F.R. § 7.4002 (1999). En el párrafo b) de este precepto se establece que “la fijación de tarifas y comisiones, así como su cuantía, es una decisión que debe realizar discrecionalmente cada banco” de conformidad con los usos de la actividad bancaria.

²²⁵ Vid. *infra* la exposición del caso *Fleet Bank v. Connecticut*.

²²⁶ Vid. J. CORN (*Ann. Rev. Banking L.*, vol. 19, 2000, p. 685), quien señala que, en virtud de la cláusula de las competencias incidentales, los bancos federales disponen de la facultad de cobrar recargos en sus cajeros automáticos.

²²⁷ El artículo 1 de la Constitución afirma que “el poder legislativo concedido por esta Constitución reside en el Congreso de los Estados Unidos que debe consistir en el Senado y en la Cámara de

constitucionalismo norteamericano consiste en que mientras el poder federal dispone de aquellas competencias que implícita o explícitamente le concede la Constitución, los estados poseen una competencia general sobre todas las materias, salvo que la Norma fundamental disponga otra cosa. En consecuencia, cuando se trata de examinar la legalidad de cualquier actuación del poder federal, los tribunales deben plantearse en primer lugar si la Constitución concede le otorga autoridad para actuar en esa materia. Así ocurre, por ejemplo, con la regulación del comercio interestatal –*Commerce Clause*–, la recaudación de impuestos, o la dirección de la política exterior²²⁸.

Es preciso señalar, no obstante, que la atribución al poder federal de una determinada competencia, no excluye la posibilidad de que las autoridades estatales o locales puedan intervenir de manera complementaria. La concurrencia de legislaciones obliga en muchos casos a precisar cuándo la normativa estatal y federal son compatibles y cuando se considera que la ley federal excluye la aplicación de la estatal, lo que se conoce como la doctrina de la *preemption*²²⁹.

La actividad bancaria constituye una de esas materias que pertenecen a la esfera de competencias del poder legislativo federal, aunque ello no implica que todas las normas estatales o locales sobre entidades de crédito estén automáticamente excluidas por la ley federal²³⁰. Por ello, la jurisprudencia se ha encargado de ir perfilando los contornos de la competencia legislativa federal y estatal en relación con la banca²³¹.

Representantes". Además, la Décima Enmienda establece que "los poderes que no hayan sido otorgados por esta Constitución a los Estados Unidos, y aquellos que no hayan sido prohibidos a los estados por la misma, se entienden reservados a los Estados".

²²⁸ Vid., por todos, E. CHEMERINSKY, *Constitutional Law*, p. 166 y ss.

²²⁹ Vid., por todos, G. GUNTHER/ K. SULLIVAN, *Constitutional Law*, p. 258 y ss.

²³⁰ Vid. *McClellan v. Chipman*, 164 U.S. 347 (1846).

²³¹ Sobre la doctrina de la *preemption* en el sector bancario es interesante la consulta del trabajo de M. DOULE, *N.C. Banking Inst*, vol. 4, 2000, p. 500 y ss.

En materia de recargos, no obstante, hasta la fecha son escasas las sentencias que han tratado, siquiera de forma indirecta, la espinosa cuestión de la primacía de la ley federal sobre las disposiciones estatales o municipales que regulan este aspecto.

B. Supremacía del Derecho federal y prohibición de recargos

Por lo que respecta a nuestro ámbito de estudio, el debate acerca de la compatibilidad de las disposiciones estatales que prohíben los recargos con la legislación federal sobre tarifas, se ha planteado únicamente de manera indirecta en un par de casos en los que se discutían diversos aspectos de la competencia de los Estados para regular en materia de cajeros automáticos. Sin embargo, cabe esperar que la jurisprudencia se pronuncie expresamente sobre esta cuestión en un futuro próximo debido a la demanda que han presentado por diversos bancos contra la ley anti-recargos de Iowa en abril de 2001 y a la sentencia de un tribunal de distrito declarando ilegales las disposiciones de las ciudades californianas en esta materia, decisión que se encuentra actualmente pendiente de apelación.

En el caso *Burke v. Fleet Bank*, se sometía a la consideración del tribunal si la ley estatal §36A-156 prohibía o no los recargos en Connecticut²³². El conflicto tuvo su origen en una carta del director de la agencia bancaria del Estado, el Sr. Burke, en la que se afirmaba que la ley estatal controvertida debía interpretarse en el sentido de impedir los recargos en los cajeros automáticos²³³. Los bancos federales perjudicados por esta decisión, Fleet y First Union, presentaron un recurso por entender que 1) del contenido de la norma estatal controvertida no cabía concluir que los recargos estaban prohibidos;

²³² La ley §36A-156 obliga a los bancos a que permiten la utilización de sus cajeros “*en condiciones no discriminatorias*” y después de pagar “*una parte razonablemente proporcional de (...) los gastos de funcionamiento*”, Conn. Gen. Stat. 36A-156 (1997).

²³³ *Vid. Note, Harv. L. Rev.*, vol. 113, 2000, p. 2122-23.

y 2) en caso de que así fuera, la ley estatal no les era aplicable, porque se trataba de bancos federales que se regían por las normas bancarias federales²³⁴.

El caso es importante no tanto por la conclusión final a la que llegó el tribunal, sino porque en el curso del litigio se personó la OCC en apoyo de la parte demandante, dando a conocer su política en este ámbito. En opinión de la autoridad bancaria federal, la *National Bank Act* confiere a los bancos federales la facultad de establecer cajeros automáticos y realizar todas aquellas tareas incidentales a ésta, como es la de imponer recargos a los usuarios²³⁵. Por tanto, la OCC estima que el cobro de recargos es una actividad regulada por las normas federales, sin que hasta el momento se haya dictado ninguna disposición en este plano que los prohíba.

Tras una complicada tramitación de tres años²³⁶, el Tribunal Supremo de Connecticut concluyó que la ley estatal §36a-156 no prohibía la imposición de recargos, por lo que no existía impedimento alguno para que Fleet y First Union cobrasen dicha comisión²³⁷. A nuestro entender, el tribunal estatal solucionó correctamente la problemática en torno a la interpretación de la ley, pero dejó sin resolver la difícil

²³⁴ Vid. *Fleet Bank v. Burke*, 160 F. 3d 883, 825 (2º Cir., 1998).

²³⁵ Vid. *Fleet Bank v. Burke*, 23 F. Supp. 2d 196, 203 (D.Conn, 1998).

²³⁶ A pesar de que en primera instancia el tribunal de distrito dio la razón a los bancos demandantes (vid. 23 F. Supp. 2d 196), el Segundo Circuito revocó la sentencia por cuestiones de competencia (vid. 160 F. 3d 883). Posteriormente, el director de la agencia bancaria estatal emitió una orden conminando a Fleet y First Union a que pusieran fin a su política de recargos (*cease and desit order*), decisión que provocó que los bancos afectados solicitasen la suspensión cautelar de la medida tanto ante un juez estatal como federal. El juez estatal denegó tal petición (vid. *Fleet Bank v. Burke*, 727 A. 2d 823 [Conn. Super. Ct., 1998]) que, sin embargo, fue atendida por el tribunal federal (vid. *First Union v. Burke*, 48 F. Supp. 2d 132 [D. Conn., 1999]). Independientemente de la *cease and desit order* suspendida cautelarmente por el tribunal federal, la agencia bancaria del Estado solicitó a un tribunal estatal la ejecución definitiva de la decisión adoptada. Deseosos de acelerar la tramitación del asunto, las partes llegaron a un acuerdo sobre los hechos probados y decidieron presentar a la consideración del tribunal supremo del Estado únicamente las cuestiones relativas a la interpretación de la norma estatal §36A-156.

²³⁷ Vid. *Burke v. Fleet Bank*, 742 A.2d 293 (Conn, 1999). Establecido lo anterior, las entidades de crédito demandantes comenzaron a cobrar recargos a los pocos días de la publicación de la sentencia. Vid. H. STOCK, *Am. Banker*, 6 de enero de 2000, s/p.

cuestión de si una ley estatal que prohibiese los recargos sería aplicable a los bancos federales²³⁸.

En el otro asunto relevante a estos efectos, el caso *Bank One*, se planteaba si la legislación bancaria federal derogaba o no las normas estatales que restringían la implantación de cajeros automáticos por parte de bancos constituidos en otros Estados. En particular, se discutían determinados preceptos de una ley del Estado de Iowa que, por un lado, prohibían la implantación de cajeros a los bancos de otros Estados y, por otro, imponían diversas restricciones en materia de publicidad y reglas de funcionamiento. Cuando Bank One, un banco federal de Utah, comenzó a operar sus cajeros automáticos en diversos establecimientos comerciales del Estado, la agencia bancaria estatal dictó una orden conminándole a dejar de hacerlo²³⁹.

Con estos antecedentes, Bank One presentó una demanda contra la citada agencia alegando que la *National Bank Act* permitía a los bancos federales operar cajeros automáticos sin interferencias de los Estados y que, por lo tanto, dicha norma derogaba las restricciones impuestas por la legislación de Iowa²⁴⁰.

Aunque en primera instancia el tribunal de distrito dio la razón a la agencia estatal, en apelación el Octavo Circuito declaró que Bank One tenía derecho a oponerse a las medidas controvertidas. En opinión de este tribunal, la ley federal concedía a los bancos la facultad de operar cajeros automáticos y los Estados no podían imponer restricciones al ejercicio de la misma. La sentencia reconocía que aunque los Estados conservaban algunas facultades para regular la implantación de sucursales bancarias, en

²³⁸ K. FRASER (*Am. Banker*, 21 de diciembre de 1999, s/p) señala que en la sentencia del tribunal supremo del Estado se debatía únicamente la interpretación que debía hacerse de la ley estatal, sin llegar a examinarse la doctrina de la *preemption* o, en otras palabras, si la legislación bancaria federal excluía las normas estatales sobre recargos.

²³⁹ *Vid. Bank One Utah v. Guttan*, 190 F. 3d 844 (8º Cir., 1999).

²⁴⁰ 190 F. 3d 848.

1996 se modificó la *National Bank Act* para aclarar que los cajeros automáticos no constituían sucursales. Por lo tanto, el tribunal concluyó que la autoridad estatal para regular las sucursales no se extendía a la implantación de cajeros²⁴¹.

La sentencia *Bank One* es importante porque ha servido para consolidar la posición de los grandes bancos opuestos a la competencia reguladora de los Estados en materia de cajeros automáticos y, por extensión, de recargos en los terminales. Por este motivo, en abril de 2001 diversos bancos decidieron plantear un litigio ante un tribunal del Distrito Sur de Iowa en el que solicita que se declare expresamente que la ley de ese Estado que prohíbe los recargos es incompatible con la disposiciones de la *National Bank Act*²⁴². Del resultado de este litigio dependerá el porvenir de la actividad legislativa de los Estados en la materia.

Únicamente en el plano municipal existe ya una sentencia que se pronuncia expresamente sobre la compatibilidad de la ley bancaria federal con las normas de las autoridades territoriales que regulan la imposición de recargos²⁴³. La patronal de los bancos californianos presentó una demanda ante un tribunal federal solicitando que se dejaran sin efecto las regulaciones municipales sobre recargos de Santa Monica y San Francisco²⁴⁴. En junio de 2000, el tribunal del Distrito Norte de California dio la razón a los bancos pues entendía que dichas disposiciones eran ilegales por contravenir las disposiciones de la *National Bank Act*. Aunque se reconocía que las autoridades municipales podían dictar normas sobre iluminación, publicidad o diseño de los cajeros automáticos²⁴⁵, el tribunal estimó que dicha facultad no comprendía la regulación de los

²⁴¹ 190 F. 3d 849-850.

²⁴² Vid. D. BREITKOPF, *Am. Banker*, 9 de julio de 2001, s/p.

²⁴³ Según se ha expuesto, es precisamente en el plano municipal donde el movimiento legislativo contrario a los recargos es más activo, por lo que no debe extrañar que la cuestión de la primacía de la ley bancaria federal se plantease en este nivel.

²⁴⁴ Vid. *Bank of America v. City and County of San Francisco*, 2000 WL 33376673 (N.D. Cal., 2000).

²⁴⁵ Vid. 2000 WL 33376673, p. 2.

precios del servicio²⁴⁶. La sentencia se encuentra actualmente pendiente de recurso ante el Noveno Circuito²⁴⁷.

A la vista de los casos expuestos, se pone de manifiesto que la potestad reguladora de los Estados y municipios en el ámbito de los cajeros automáticos se encuentra hoy fuertemente contestada, hasta el punto que en nuestra opinión es posible aventurar —aunque hasta la fecha no exista una sentencia firme que expresamente lo diga— que las autoridades estatales y municipales no podrán en el futuro prohibir a los bancos federales imponer recargos.

2.4 Efectos de los recargos sobre la competencia

Con independencia del éxito que corran las iniciativas legislativas expuestas, y de que éstas sean compatibles con la legislación bancaria federal, a los efectos de este trabajo es interesante preguntarse sobre la conveniencia de prohibir o no los recargos desde la óptica del Derecho de la competencia²⁴⁸.

La oposición de fondo a los recargos suele apoyarse básicamente en tres argumentos: 1) los consumidores pagan dos veces por el mismo servicio; 2) los bancos carecen de incentivos para reducir el importe de la comisión; y 3) a largo plazo se disminuye la intensidad de la competencia bancaria, porque los recargos perjudican a los bancos pequeños en beneficio de los grandes.

²⁴⁶ Vid. 2000 WL 33376673, p. 5.

²⁴⁷ Vid. D. BREITKOPF, (*Am. Banker*, 9 de julio de 2001, s/p) quien advierte que se espera la sentencia en el año 2002.

²⁴⁸ En este sentido, es ilustrativa la siguiente afirmación de A. BYRNE: “dejemos que los juristas discutan acerca de si la supremacía de National Bank Act protege a los bancos federales. Al fin y al cabo, el resto de nosotros debe simplemente confiar que nuestros parlamentarios comprendan los principios básicos de la economía” (*Am. Banker*, 22 de diciembre de 1999, s/p).

En primer lugar, las asociaciones de consumidores protestan contra los recargos porque quienes retiran dinero en un cajero que no es propiedad de su banco habitual, tienen que pagar dos veces por el mismo servicio: primero, la comisión externa que les impone el banco emisor de la tarjeta y, después, el recargo de la entidad propietaria del terminal²⁴⁹. Cabría estimar que el cliente abona el recargo a modo de compensación por los mayores costes que soporta el propietario en el caso de terminales situados fuera de su establecimiento o en lugares con escasa demanda. Sin embargo, la clientela paga esta comisión en todos los cajeros, por lo que es posible concluir que los recargos suponen únicamente un gasto extra para el cliente y no una compensación por las mayores facilidades de uso de la tarjeta²⁵⁰.

En segundo término, se critican los recargos porque los propietarios de cajeros carecen de incentivos suficientes para reducir la cuantía de los mismos²⁵¹. En efecto, mientras que el banco emisor de la tarjeta mantiene una relación duradera con el usuario del cajero y suele emplear el servicio como un mecanismo para atraer los depósitos de sus clientes, las entidades propietarias de terminales tienen únicamente una relación ocasional con sus usuarios y carecen de incentivos para ofrecer el servicio en condiciones tan ventajosas²⁵².

²⁴⁹ Al respecto, B. SHOOK (*Clarks' B.D.P.M.*, vol.5, 1997, p. 2) señala que los gastos de explotación de las redes de cajeros automáticos se cubren con la comisión externa que el banco emisor cobra a sus clientes para, más tarde, pagar al banco propietario la tasa de intercambio; "*los propietarios de cajeros no quieren reconocer que la tasa de intercambio compensa sobradamente los costes de mantenimiento de todos los terminales*".

²⁵⁰ Vid. J. McANDREWS, *FRB New York- Current Issues*, vol. 4, 1998, p. 4 y ss.

²⁵¹ En esta línea, se afirma que la libre competencia no ofrece ninguna protección a los usuarios de cajeros porque "*no existe ningún mecanismo de mercado capaz de mantener la cuantía de los recargos baja*", Note, *Harv. L. Rev.*, vol. 113, 2000, p. 2127.

²⁵² El banco emisor generalmente ofrece el servicio de cajero a un precio atractivo con el fin de atraer a la clientela hacia otras áreas del negocio bancario; por ello sus clientes se benefician de condiciones de acceso a los cajeros favorables. Sin embargo, el banco propietario del terminal simplemente trata de conseguir el máximo rendimiento de sus cajeros y no le preocupa que los clientes de otros bancos puedan pagar elevadas comisiones como resultado de la agregación del recargo y la comisión externa. Vid. D. BALTO, *Rev. Banking & Fin. Serv.*, vol. 12, 1996, p. 172-73.

Es más, es posible incluso, que los bancos propietarios de cajeros aumenten la cuantía de los recargos como una maniobra para captar la clientela de los bancos pequeños²⁵³. Ciertamente, los grandes bancos con una extensa red de cajeros en un determinado territorio, pueden utilizar los recargos como un medio de atraer los depósitos de la clientela de los bancos pequeños cansada de pagar esta comisión en la mayoría de sus transacciones²⁵⁴. Así pues, en materia de recargos se da la paradoja de que los grandes bancos pueden conseguir clientes aumentando los precios²⁵⁵.

Finalmente, quienes se oponen a los recargos también sostienen que esta práctica puede tener efectos negativos sobre la competencia bancaria a largo plazo. Cuando no existían las redes de cajeros, los grandes bancos con numerosas sucursales tenían ventaja sobre los bancos pequeños para captar los depósitos del público, porque eran los únicos que podían ofrecer servicios bancarios en numerosas localizaciones²⁵⁶. La posterior creación de las redes de cajeros, permitió que los bancos pequeños compitiesen equitativamente con los grandes por el negocio bancario al por menor. Por ello, se dice que las redes de cajeros crearon unas reglas de juego mínimas para la competencia bancaria al por menor (*level playing field*), permitiendo que tanto los bancos grandes como los pequeños compitieran en aspectos tales como intereses y comisiones²⁵⁷.

²⁵³ Vid. B. SHOOK, *Clarks' B.D.P.M.*, vol. 5, 1997, p. 2.

²⁵⁴ "Esta estrategia no tiene grandes desventajas, o se aumenta la cuota de mercado o se incrementan los ingresos que se reciben en concepto de comisiones", P. HOROVITZ, *J. Ret. Banking Serv.*, vol. 18, 1996, p. 61.

²⁵⁵ D. BALTO (*BNA's Banking Rep.*, vol. 71, 1998, p. 84) afirma que "los recargos representan una forma perversa de competencia según la cual las empresas pueden captar clientela subiendo sus precios (y los costes de sus competidores)". Esta comisión permite a los bancos dominantes aumentar los costes de sus competidores porque los bancos pequeños suelen absorber los recargos al objeto de seguir ofreciendo el servicio gratis a sus clientes. Por ello, el citado autor concluye que los recargos constituyen un mecanismo predatorio que puede ser objeto de denuncia *antitrust* (p. 86-87). Al respecto, es obligada la consulta del artículo de T. KRATTENMAKER y S. SALOP, publicado en *Yale Law Journal* (vol. 96, 1986, p. 209 y ss.) en el cual se alerta, por primera vez, de la posibilidad de que las empresas dominantes traten de expulsar del mercado a sus rivales elevando sus costes (*raising rivals costs*), en lugar de bajando sus propios precios (la forma tradicional de precios predatorios).

²⁵⁶ Vid. A. FRANKEL, *Antitrust L. J.*, vol. 66, 1998, p. 356-57.

²⁵⁷ Vid. D. BALTO, *BNA's Banking Rep.*, vol. 71, 1998, p. 84. Sin embargo, otros autores estiman que las redes de cajeros sin recargos simplemente beneficiaban de manera desproporcionada a los bancos

Pues bien, los críticos de los recargos consideran que esta comisión supone un retorno a la situación competitiva anterior, porque con ella se refuerza el valor de la red propia en detrimento de los terminales compartidos²⁵⁸. Ciertamente, en la medida en que el sistema de recargos permite discriminar entre los clientes propios y los ajenos, se reducen los incentivos para utilizar la red compartida y se fomenta el uso —gratuito— de los terminales de la entidad a la que pertenece el cliente. En consecuencia, se considera que los recargos alteran las condiciones de competencia tradicionales en el mercado bancario al por menor, porque prima el tamaño de la entidad sobre las mejores ofertas que los bancos pequeños suelen hacer en términos de intereses y comisiones²⁵⁹.

A nuestro modo de ver, la solución a los inconvenientes que plantea el cobro simultáneo de dos comisiones cada vez que se realiza una operación en un cajero automático no consiste en prohibir la comisión que el banco establece individualmente (el recargo) sino que es preciso dirigir nuestra atención hacia la tarifa que los bancos acuerdan conjuntamente (la tasa de intercambio)²⁶⁰.

Por una parte, la prohibición de recargos sin más no es la solución porque esta medida constituye una nueva forma de regulación de los precios de los servicios

pequeños, quienes podían aprovecharse (*free-ride*) del esfuerzo por ampliar las redes de las grandes entidades. Vid. D. NEILL, *BNA's Banking Rep.*, vol. 71, 1998, p. 234.

²⁵⁸ Vid. D. BALTO, *BNA's Banking Rep.*, vol. 71, 1998, p. 84.

²⁵⁹ En efecto, la combinación de recargos y comisión *externa* suponen un fuerte incentivo para abrir la cuenta en el banco que posee un mayor número de cajeros automáticos (vid. J. STAVINS, *FRB Boston-New Eng. Econ. Rev.*, 1997, p. 17), desplazando en cierta medida los criterios de elección tradicionales basados en los intereses y otras comisiones que ofertan las entidades (vid. McANDREWS, *FRB New York-Current Issues*, vol. 4, 1998, p. 4).

²⁶⁰ Como señala A. FRANKEL (*Antitrust L. J.*, vol. 66, 1998, p. 355) uno de los factores que provocan mayor confusión en este ámbito es la propia terminología utilizada, pues es indudable que el término recargos —*surcharges*— lleva implícita una consideración negativa, que naturalmente provoca el rechazo de los usuarios de los cajeros. Sin embargo, el citado autor entiende que “*resulta irónico (...) que en un mercado en el que se están pagando simultáneamente una comisión establecida individualmente y otra uniforme, se pueda afirmar que el precio colectivo representa el libre mercado y las tarifas individuales sean monopolistas*”. Entre los autores que se han inclinado por esta solución, destacan las aportaciones de A. FRANKEL (*Antitrust L. J.*, vol. 66, 1998, p. 354 y ss.) y D. BALTO (*Rev. Banking & Fin. Serv.*, vol. 12, 1996, p. 169 y ss; y *BNA's Banking Rep.*, vol. 71, 1998, p. 82 y ss.).

bancarios –aunque se trate de imponer un precio igual a cero– y por lo tanto, cabe alegar frente a ella los mismos argumentos que tradicionalmente se exponen para cuestionar la eficacia de la regulación administrativa de las tarifas. Ciertamente, los detractores de dicha prohibición legislativa afirman que restringe la expansión de las redes de cajeros²⁶¹, limita los incentivos para la innovación tecnológica en el mercado²⁶² y puede dar lugar a discriminación entre bancos y otras entidades propietarias de cajeros²⁶³.

Por otra, ha de recordarse que la tasa de intercambio constituye una restricción de la competencia que la jurisprudencia ha estimado razonable sólo en la medida en que constituye un instrumento necesario para garantizar el funcionamiento eficiente de la red y no existen otras alternativas menos restrictivas de la competencia²⁶⁴. Pues bien, entendemos que la solución más eficiente para evitar que los clientes paguen dos veces por el mismo servicio consiste en eliminar la tasa de intercambio, porque limita la competencia, y sustituirla por la alternativa menos restrictiva consistente en el cobro de una comisión (recargo) directamente al cliente que utiliza el terminal²⁶⁵. En efecto, teniendo en cuenta que hoy las redes bancarias permiten a sus miembros recabar los costes del servicio directamente de los usuarios, entendemos que ya no es posible

²⁶¹ Los recargos fomentan la implantación de cajeros, especialmente en lugares con escasa demanda o con costes de transacción más elevados, porque permiten ajustar el precio del servicio a la demanda de los consumidores. *Vid.* McANDREWS, *FRB New York- Current Issues*, vol. 4, 1998, p. 2.

²⁶² Como señala L. ECHARD (*Testimony Senate Committee*, p. 3) “la Asociación de Banqueros Independientes de América ve con preocupación la fijación de precios por vía legislativa, porque ahogará la innovación e inhibirá la creación de nuevos servicios que mejoran la satisfacción de la clientela”.

²⁶³ En los Estados Unidos es frecuente la implantación de cajeros automáticos en establecimientos comerciales por parte de entidades que no reúnen la condición de entidad de crédito y que, por tanto, no pertenecen a ninguna red bancaria. La hipotética prohibición de los recargos no afectaría a esta clase de cajeros porque esta comisión constituye la única fuente de retribución para sus propietarios. Pues bien, A. LITAN (*ATM fees*, p. 23-24) entiende que una norma que prohibiese imponer recargos únicamente a los bancos, indirectamente reduciría la competencia en el sector, lo cual se traduciría en mayores comisiones a largo plazo.

²⁶⁴ *Vid. supra* el punto III.2 del presente capítulo.

²⁶⁵ En todo caso D. BALTO (*BNA's Banking Rep.*, vol. 71, 1998, p. 85; y *Rev. Banking & Fin. Serv.*, vol. 12, 1996, p. 174) afirma que una alternativa intermedia consistiría en prohibir que los bancos puedan cobrar simultáneamente la tasa de intercambio y el recargo.

considerar que la tasa de intercambio resulta necesaria para la retribución de los cajeros²⁶⁶. En suma, los recargos constituyen hoy la alternativa más conveniente dado que un sistema basado en el pago directo a quien presta el servicio constituye la mejor garantía de mejores servicios a precios competitivos²⁶⁷.

Es preciso, no obstante, matizar la afirmación anterior pues aunque un sistema de retribución directo eliminaría los problemas derivados del *doble* cobro de comisiones, subsiste el otro inconveniente tradicionalmente asociado a los recargos, esto es, que dicho mecanismo beneficia a los grandes bancos a costa de los pequeños que disponen de pocos terminales²⁶⁸.

Para hacer frente a esta situación, algunos bancos pequeños han comenzado a formar asociaciones de entidades que no cobran recargos a sus respectivos clientes, aunque la red a la que pertenecen permita con carácter general exigir dicha comisión (*no-surcharge alliances*)²⁶⁹. Estas alianzas confieren a los clientes de bancos pequeños la facultad de utilizar una extensa red de cajeros como si se tratase de terminales de su propio banco y, por tanto, evitan que los grandes bancos utilicen los recargos como un instrumento para captar clientes cansados de pagar este tipo de comisión²⁷⁰.

²⁶⁶ "Con el sistema de recargos, el propietario del cajero puede sufragar sus costes a través de esta comisión, por lo que no parece que necesite la tasa de intercambio", B. SHOOK, *Clarks' B.D.P.M.*, vol.5, 1997, p. 3.

²⁶⁷ Vid. D. BALTO (*BNA's Banking Rep.*, vol. 71, 1998, p. 85), quien sostiene que, desde un punto de vista económico, es siempre más eficiente que una firma establezca el precio –bien el banco emisor de la tarjeta o el propietario del terminal– que fijarlo colectivamente. Vid., asimismo, D. BALTO, *BNA's Banking Rep.*, vol. 71, 1998, p. 85; y *Rev. Banking & Fin. Serv.*, vol. 12, 1996, p. 174.

²⁶⁸ En opinión de A. FRANKEL (*Antitrust L. J.*, vol. 66, 1998, p. 356), el peligro de que los recargos devalúen el valor de la red en beneficio de los grandes bancos, constituye el argumento más serio de quienes se oponen a este tipo de comisión.

²⁶⁹ Como señala A. LITAN (*ATM fees*, p. 18-19), las asociaciones de bancos que no se cobran recargos entre sí, permiten a sus miembros disfrutar de las mismas ventajas de que disponen los grandes bancos merced a sus extensas redes. Además, la formación de este tipo de asociaciones no supone ningún gasto extra para los bancos pequeños, pues nada les impide seguir cobrando recargos en sus terminales a los clientes de entidades no adheridas a dicho pacto.

²⁷⁰ Vid. A. LITAN, *ATM fees*, p. 18.

Sin embargo, la formación de *no-surcharges alliances* se enfrenta en ocasiones a restricciones de naturaleza contractual o legal. Por una parte, numerosas redes de cajeros establecen que los clientes de entidades adheridas han de ser tratados de igual modo en todos los terminales pertenecientes a la red²⁷¹. Aunque la finalidad originaria de esta regla era precisamente evitar los recargos, en la actualidad constituye paradójicamente una barrera infranqueable para la formación de esta clase de asociaciones de pequeños bancos²⁷². Por otra parte, las disposiciones estatales anteriores a 1996 que expresamente autorizaban los recargos, constituyen otro importante freno para el desarrollo de estas alianzas. Al igual que ocurría con las regulaciones internas de muchas redes, tales normas estatales estaban redactadas en términos de evitar la discriminación entre los miembros de la red por lo que, en la actualidad, impiden la formación de *no-surcharge alliances*²⁷³. En consecuencia, es preciso eliminar estas barreras y permitir que cualquier grupo de entidades pueda formar redes de bancos sin recargos, siempre y cuando no detenten una posición dominante en el mercado²⁷⁴.

En definitiva, a pesar de que numerosos autores y autoridades han puesto a los recargos bajo sospecha, entendemos que la mejor solución para proteger el libre mercado y los intereses de los consumidores consiste en permitir a los propietarios de cajeros automáticos cobrar una comisión (recargo) directamente a quienes los utilizan, con el fin de sufragar los gastos de mantenimiento del servicio. Al mismo tiempo, la autorización de los recargos debe acompañarse con la eliminación de la tasa de intercambio en aquellas redes que, por tener poder de mercado en un determinado mercado geográfico, pudieran utilizar esta tasa uniforme para obtener rendimientos monopolísticos. Finalmente, por las razones expuestas, es preciso eliminar cualquier

²⁷¹ Vid. J. McANDREWS, *FRB New York- Current Issues*, vol. 4, 1998, p. 5.

²⁷² Vid. A. LITAN, *ATM fees*, p. 24-25.

²⁷³ Vid. A. LITAN, *ATM fees*, p. 25.

²⁷⁴ Vid. A. FRANKEL, *Antitrust L. J.*, vol. 66, 1998, p. 358.

barrera legal o contractual a la formación de agrupaciones de pequeños bancos que no se cobran recargos entre sí.

CAPÍTULO TERCERO

**LOS ACUERDOS DE PRECIOS EN EL
SECTOR BANCARIO DE LA
UNIÓN EUROPEA**

I. ANTECEDENTES

La aprobación del Tratado de Roma a finales de la década de los cincuenta no trajo consigo una inmediata aplicación de sus normas de competencia a los acuerdos de precios en el sector bancario debido a la arraigada tradición que tenía la regulación administrativa de las tarifas en el sector. En efecto, fue necesario esperar a la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso *Züchner*, para poder asistir ya en la década de los ochenta a las primeras investigaciones de las autoridades *antitrust* respecto de los bancos europeos¹. En los apartados siguientes se estudian los inicios titubeantes y posterior consolidación de la aplicación de las normas de competencia a la banca en la Comunidad Europea.

Desde sus primeras decisiones, la Comisión ha ido perfilando una doctrina uniforme en la materia con apoyo en la distinción estricta entre, por un lado, los acuerdos que pueden ser autorizados en determinadas circunstancias porque afectan a las relaciones puramente interbancarias y, por otro, los convenios generalmente prohibidos porque inciden en los precios que debe pagar la clientela.

1. Primeros pronunciamientos de la Comisión acerca de la competencia bancaria en materia de precios

En los primeros años de vigencia del Tratado CE, la Comisión mantenía una política poco decidida en relación con los acuerdos de precios bancarios, llegando incluso a justificar la fijación uniforme de tarifas por el elevado coste de los servicios prestados. En 1975 se presentaron en el Parlamento Europeo dos preguntas escritas a la Comisión en las que se planteaba la compatibilidad con la libre competencia de la percepción de comisiones uniformes mínimas por los servicios bancarios. En particular, las preguntas hacían referencia a la práctica seguida por todos los bancos belgas de

¹ *Vid. supra* el punto II.2.1.1 del capítulo primero.

imponer a sus clientes una comisión uniforme de 89 francos por el cobro de cheques de viaje emitidos en moneda extranjera² y a la exigencia por parte de los bancos franceses de una comisión uniforme de 10 francos por el cobro de eurocheques emitidos por bancos extranjeros³. La Comisión entendió que, en ambos casos, el montante relativamente alto de las comisiones estaba justificado por los elevados costes que acarreaba el servicio de cobro de cheques a los bancos implicados⁴. No obstante, debe hacerse notar que los servicios de competencia se abstuvieron de expresar su opinión sobre la supuesta necesidad de fijar colectivamente la cuantía de las comisiones mínimas percibidas⁵.

En aquellas fechas, la autoridad de competencia también mantenía una actitud vacilante respecto de los convenios sobre tipos de interés, en este caso porque entendía que el análisis *antitrust* estaba condicionado por la estrecha relación que guardaban los intereses que cobraban los bancos con las políticas monetarias de los Estados miembros. Ciertamente, en su II Informe de 1972, se afirmaba que los pactos sobre intereses *autorizados o aprobados* por las autoridades monetarias nacionales resultaban controvertidos porque era necesario determinar si podían considerarse instrumentos de la política monetaria de los Estados miembros exceptuados del control de las normas *antitrust*⁶.

² Pregunta Escrita núm. 305/75 del Sr. M. NORMATON, DOCE núm. C 268/3, de 28 de noviembre de 1975.

³ Pregunta Escrita núm. 377/75 del Sr. M. DELLA BRIOTTA, DOCE núm. C 19/7, de 29 de enero de 1976.

⁴ En este sentido, en el *VIII Informe sobre la Política de la Competencia [1978]* (punto 34) se afirmaba que "los costes en los que incurren los bancos cuando recuperan el importe de los cheques de viajes de la entidad emisora son particularmente elevados, y por tanto es necesario fijar una comisión mínima con independencia del valor del cheque".

⁵ *Vid.*, M. DASSESE/ S. ISAACS, *CDE*, núm. 5-6, 1980, p. 536.

⁶ "La cuestión de saber si, y en qué medida, ciertos acuerdos bancarios deben ser considerados como un instrumento de política monetaria de los Estados miembros se plantea en relación con los acuerdos de tipos de interés autorizados o aprobados por las autoridades monetarias nacionales, así como eventualmente en relación con otros acuerdos bancarios que pueden ser considerados como un complemento indispensable de acuerdos sobre tipos de interés", *II Informe sobre la Política de la Competencia [1972]*, punto 51.

Por lo tanto, de lo dicho hasta ahora se desprende que a comienzos de la década de los setenta la Comisión era ya consciente del problema que planteaban esta clase de acuerdos, pero no había adoptado ninguna decisión al respecto. Así las cosas, el eurodiputado Schyns presentó en julio de 1979 una pregunta escrita en el Parlamento Europeo para conocer la opinión de la Comisión en relación con determinados acuerdos sobre intereses que estaban en vigor en aquellas fechas entre los bancos de Bélgica⁷. En concreto, la cuestión planteada se refería a la licitud de los denominados *acuerdos para armonizar la competencia* en virtud de los cuales la decisión sobre los cambios en el tipo de interés acreedor que se ofrecía a los clientes le correspondía a un órgano de naturaleza consultiva —el *Comité de concertation*— en el que participaban los bancos, las cajas de ahorro y las entidades financieras del sector público belga.

Tales acuerdos presentaban una estrecha vinculación con las autoridades monetarias nacionales, como lo demuestra el hecho de que el procedimiento descrito se inició como consecuencia de una sugerencia del *Conseil Supérieur des finances* del Ministerio de finanzas belga en octubre de 1970. En opinión de este organismo, era indispensable que las autoridades económicas pudieran disponer de un instrumento permanente para orientar los tipos acreedores de acuerdo con sus respectivas políticas. La armonización de los tipos era un objetivo deseable, a condición de que fuese realizada bajo la supervisión de la autoridad pública. Por otra parte, el respaldo público de estos acuerdos queda fuera de toda duda si se tiene en cuenta, además, que el presidente del Banco Central de Bélgica era el presidente del Comité consultivo y que en sus reuniones participaban un representante de la *Commission bancaire* y el director general de la *Trésorerie*.

Con estos antecedentes, la Comisión declaró que los acuerdos interbancarios sobre tipos de interés debían ser considerados instrumentos de la política monetaria, en la medida en que habían sido establecidos por iniciativa de las autoridades competentes y aprobados

⁷ Pregunta Escrita núm. 199/79 formulada por M. SCHYNS a la Comisión Europea el 6 de junio de 1979 (DOCE núm. C 197/3, de 4 de agosto de 1979) y respuesta de la Comisión de 31 de julio de ese mismo año (DOCE núm. 213/6, de 25 de agosto de 1979).

por ellas⁸. En suma, en virtud de esta doctrina embrionaria de la autoridad comunitaria, los acuerdos sobre intereses se consideraban compatibles con las normas de competencia del Tratado CE, cuando dichos pactos hubieran sido celebrados bajo la iniciativa o con la aprobación de las autoridades monetarias nacionales competentes⁹.

2. Consecuencias de la sentencia *Züchner* sobre los acuerdos de precios

La sentencia del Tribunal de Justicia en el caso *Züchner*, además de confirmar que el Derecho comunitario de la competencia era plenamente aplicable a la banca, contribuyó a clarificar la postura de la Comisión frente a los acuerdos sobre precios de los bancos de europeos. Como se recordará, la alegación principal de la parte demandada en este caso, el *Bayerische Vereinsbank*, consistía en negar que las normas de competencia del Tratado eran aplicables al sector bancario en virtud del artículo 86.2 CE. En este sentido, la entidad alemana sostenía que, dada la especial naturaleza de los servicios bancarios, las entidades de crédito debían ser consideradas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés general en los términos del artículo 86.2 CE. En su célebre considerando 7º, el Tribunal de Justicia respondió que para que una entidad financiera pudiera ser incluida en el ámbito del citado artículo era preciso que *hubiese sido encargada del servicio de interés general por un acto de la autoridad pública*¹⁰. El fallo dio un impulso decisivo a la política de la Comisión respecto de los acuerdos bancarios en materia de precios, si bien

⁸ Según la Comisión, “debe ser posible que los acuerdos interbancarios sobre tipos de interés sean considerados como instrumentos de política monetaria de los Estados miembros, puesto que han sido establecidos por iniciativa de las autoridades públicas y aprobados por ellas”. En todo caso, se informaba que el citado acuerdo sobre intereses “será examinado por la Comisión en un contexto más amplio con la finalidad de determinar si ciertos acuerdos (...) son indispensables para la política monetaria de los Estados miembros y deberían ser objeto de una reglamentación especial en aplicación del artículo 87 párrafo 2 c) del tratado CEE (hoy art. 83.2c)”. A estos efectos, debía tenerse presente que en el sector bancario belga: a) los tipos de interés deudores eran fijados libremente por las entidades de crédito; b) la legislación bancaria autorizaba a las autoridades monetarias para fijar un tipo acreedor máximo; y c) el Ministerio de Economía establecía un tipo máximo para los créditos al consumo.

⁹ Vid. M. DASSESE/ S. ISAACS/ G. PENN, *EC Banking Law*, p. 306 y ss.; y M. DASSESE/ S. ISAACS, *CDE*, núm. 5-6, 1980, p. 536 y ss.

¹⁰ Vid. *supra* el punto II.2.2.1 del capítulo primero.

su influencia se puso de manifiesto de manera diferente según se trate de comisiones o de tipos de interés.

En relación con las comisiones bancarias, la conocida resolución del Tribunal de Justicia dejaba abierta la posibilidad de que las autoridades *antitrust* persiguiesen a las entidades de crédito que pactasen el importe de sus tarifas. En efecto, el TJCE rechazó implícitamente la tesis de la Comisión (en la que se inspiraba la defensa de la parte demandada), según la cual la percepción de una tasa uniforme podía justificarse tanto en atención a los elevados costes de la operación, como por el hecho de que el importe de la misma sólo cubría en parte el coste del servicio¹¹. Por el contrario, el Tribunal de Justicia entendía que, con independencia de cuál fuera su motivación, no podía descartarse que el paralelismo de conducta de las entidades de crédito constituyese una infracción de las normas de competencia del Tratado¹².

Pero la sentencia *Züchner* es importante, en este ámbito, porque contribuyó a cambiar la tímida política mantenida hasta entonces por la Comisión en materia de comisiones bancarias. Despejadas las dudas sobre la sumisión de las entidades de crédito a los dictados de la libre competencia, ya no existía razón alguna para que éstas se abstuviesen de notificar sus acuerdos a la Comisión, ni para que sus conductas restrictivas dejasen de ser investigadas. Por esta razón, en *el XI Informe sobre la Política de Competencia* se informó públicamente a los bancos que debían cumplir con las

¹¹ Vid. *supra* el punto II.2.2.1 del capítulo primero. En los comentarios a la sentencia de la época (M. DASSESE/ S. ISAACS, *CDE*, núm. 2-3, 1982, p. 307) se destacaba ya que la postura del TJCE suponía una condena implícita de la tesis mantenida por la Comisión en su *VIII Informe*. En parecidos términos, vid. M. DASSESE/ S. ISAACS/ G. PENN, *EC Banking Law*, p. 284; y J. F. BELLIS, *Mélanges Jean Pardon*, p. 12.

¹² En concreto, se entendía que “la circunstancia de que la comisión en cuestión se justifica por los costes inherentes a toda transferencia al extranjero normalmente efectuada por los bancos en nombre de sus clientes, y que representa por lo tanto un reembolso parcial de sus costes, percibidos de manera uniforme por todos los usuarios de la prestación, no excluye la posibilidad de que un paralelismo de conducta en este ámbito pueda, cualquiera que sea su motivación, ser considerado una cooperación entre bancos constitutiva de una práctica concertada a los efectos del artículo 85 del Tratado (hoy art. 81)” (punto 20 de la Sentencia).

disposiciones del Reglamento 17/62 y proceder a notificar aquellas conductas restrictivas que pudieran tener efectos negativos sobre el comercio comunitario¹³. Posteriormente, la Comisión reiteró este llamamiento en una conferencia del Comisario de Competencia, el Sr. Andriessen¹⁴, y en el XIII Informe de 1983¹⁵.

Paralelamente, en 1981 se inició una investigación de alcance comunitario sobre las comisiones percibidas por los servicios bancarios. La Comisión llegó a la conclusión de que en la mayoría de los Estados miembros existían acuerdos y prácticas concertadas que podían restringir la competencia. En consecuencia, se iniciaron contactos entre la Dirección General de Competencia de la Comisión y la Federación Bancaria Europea que dieron lugar a que las asociaciones nacionales anunciaran formalmente su intención de bien notificar a la Comisión o bien abandonar aquéllos acuerdos cuya legitimidad pudiera resultar dudosa desde la perspectiva del Derecho *antitrust*¹⁶. A partir de ese momento, las autoridades de competencia examinaron diversos acuerdos de precios adoptados en el seno de asociaciones bancarias de ámbito comunitario y nacional, adoptando las primeras decisiones formales de la Comisión en el sector bancario¹⁷.

Respecto de los acuerdos en materia de intereses, la resolución del Tribunal de Justicia en el caso *Züchner* también tuvo una destacada importancia pues a partir de entonces la Comisión comenzó a plantearse la legalidad *antitrust* de los convenios

¹³ Vid. los comentarios de la Comisión a la Sentencia *Züchner* publicados en el *XI Informe sobre la política de la competencia*[1981] y, en particular, el punto 61.

¹⁴ La conferencia de prensa se reproduce en *Agence Europe*, boletín 3866 de 8 de junio de 1984.

¹⁵ Vid. *XIII Informe sobre la política de la competencia* [1983], punto 69.

¹⁶ De estos contactos informa H. SALMON, *JIBL*, núm. 1, 1990, p.27. En opinión de ALONSO SOTO (*Il mercato único europeo*, p. 161) las facilidades que la Comisión concedió a las asociaciones bancarias nacionales para que notificasen sus acuerdos resultan criticables porque suponen un agravio comparativo con otros sectores económicos. Esta no es una cuestión baladí, pues con la notificación voluntaria de los acuerdos, las asociaciones bancarias evitaron las sanciones que les podrían haber sido impuestas de haber seguido las investigaciones su curso ordinario.

¹⁷ Vid. *infra* el punto III.1 del presente capítulo.

bancarios en este ámbito¹⁸. En efecto, la autoridad de competencia reconoció públicamente que la célebre sentencia “*deja claro que el sector bancario sólo está excluido de las normas de la competencia hasta el punto de que la conducta anticompetitiva de los bancos les haya sido impuesta por las autoridades monetarias*”¹⁹.

La nueva actitud de la Comisión quedó plasmada a finales de 1981 en una conferencia pronunciada por el entonces Comisario a cargo de la competencia, el Sr. Andriessen, en la que se puso de manifiesto la actitud decidida de la autoridad comunitaria en relación con los acuerdos sobre tipos de interés. La nueva política se apoyaba en la distinción estricta entre acuerdos sobre intereses de naturaleza privada y acuerdos públicos. Por un lado, se consideraba que los acuerdos *privados* sobre tipos de interés eran, en principio, contrarios al artículo 81.1 CE. A estos efectos, los pactos no perdían dicho carácter por el mero hecho de haber sido promovidos o alentados por las autoridades competentes. Por otro, se entendía que los acuerdos de naturaleza *pública* estaban, *a priori*, exentos de dicha prohibición. Ahora bien, para que dicha excepción fuese posible, era preciso que se tratase propiamente de una decisión de la autoridad pública, como resultado del ejercicio legítimo de las facultades que le correspondían a los Estados miembros y no de una mera dejación de funciones de ésta a las entidades competidoras²⁰.

¹⁸ Vid. M. DASSESE/ S. ISAACS/ G. PENN, *EC banking law*, p. 270 y ss.; B. SOUSI-ROUBI, *Droit bancaire européen*, p. 343 y ss.; y F. POMBO, [1996] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 399.

¹⁹ XI Informe sobre la política de la competencia [1981], punto 61.

²⁰ Dada la transcendencia que tuvo el discurso, estimamos conveniente reproducir los aspectos más significativos: “la Comisión es ahora de la opinión de que los tipos de interés no deben estar regidos por acuerdos entre bancos, incluso si éstos son aprobados, autorizados o promovidos por las autoridades nacionales encargadas de los asuntos económicos, financieros o monetarios. Los tipos de interés deben ser establecidos individualmente por los bancos, compitiendo libremente entre ellos, o regulados directamente por las autoridades de control nacionales, si optan por ello (...) los Estados miembros son, y seguirán siendo, libres para elegir el modo de regular los tipos de interés, puesto que no hay una política monetaria común. Pero la Comisión considera que no es compatible con las normas de competencia de la Comunidad que ciertas tareas que le corresponden a la autoridad nacional sean realizadas en su lugar por una asociación comercial o un cártel y que ésta simplemente apruebe o confirme las decisiones o acuerdos alcanzados entre las empresas de que se trate, siempre que el comercio entre los Estados miembros pueda verse afectado por tales acciones. Las autoridades que opten por regular son, por supuesto, plenamente libres para consultar y discutir cualquier medida propuesta con las partes interesadas, pero la decisión final y la responsabilidad de la supervisión y de la aplicación de la misma debe recaer en la autoridad competente; ésta no debe ser el resultado de los acuerdos entre los participantes en el mercado. La Comisión se esforzará por asegurar (...)”

A pesar de la claridad con la que se expresaba el comisario Andriessen en favor de la fijación libre de los tipos de interés y de la declaración recogida en el *XI Informe* de 1981, lo cierto es que la Comisión no adoptó ninguna iniciativa en este campo. Los acuerdos interbancarios sobre intereses que estaban en vigor en aquellas fechas no fueron investigados por los servicios de la Comisión e, incluso, la autoridad comunitaria se abstuvo de condenarlos cuando fueron detectados en el curso de otras investigaciones. Esta política abstencionista respecto de los intereses llama poderosamente la atención si se tiene en cuenta que, en estas mismas fechas, la Comisión había iniciado una rigurosa investigación dirigida a acabar con los acuerdos sobre comisiones entonces vigentes entre los bancos europeos.

La reserva de la Comisión se justifica por la naturaleza políticamente más sensible de los acuerdos sobre intereses que la de los convenios sobre comisiones²¹. Ello no obstante, la postura comunitaria es duramente criticada por Dassese, Isaacs y Penn, quienes consideran que la inactividad de la Comisión sólo se explica por la presión ejercida sobre la Dirección General de Competencia para evitar que se pusieran en práctica las tesis anunciadas por el comisario Andriessen en 1981. En efecto, no se entiende que la Comisión aluda reiteradamente a la necesidad de concluir su investigación sobre la relación existente entre los tipos de interés y las políticas monetarias de los Estados miembros, cuando el comisario de competencia ya había sentado las bases de esta distinción en su conferencia de 1981²².

que no hay confusión entre la regulación de los mercados por las autoridades y la regulación del mercado por los propios participantes en él, tanto a través de un acuerdo como de una asociación. En este último caso, cualquier acción emprendida por las empresas para restringir la competencia que pueda afectar al comercio entre Estados caería dentro del ámbito de las normas de competencia del Tratado CE", conferencia pronunciada en Londres el 30 de noviembre de 1981. Un resumen de la misma aparece en *Agence Europe*, boletín 3264, de 5 de diciembre de 1981.

²¹ Vid. C. D. EHLERMANN, *RTDE*, núm. 3, 1993, p. 466 y ss.

²² Como ponen de relieve M. DASSESE/ S. ISAACS/ G. PENN (*EC Banking Law*, p. 312 y ss.) la Comisión estuvo dieciséis años investigando esta cuestión sin llegar a ninguna solución. Ciertamente, en los informes anuales correspondientes a los años 1972 (*II Informe*, punto 51), 1978 (*VIII Informe*, punto 32) y 1986 (*XVI Informe*, punto 58), la autoridad de competencia hacía referencia a la necesidad de concluir el

Una vez examinados los primeros pasos vacilantes de la Comisión, merece la pena detenerse en el análisis de las decisiones posteriores respecto de la competencia bancaria en materia de precios.

II. LA DOCTRINA EUROCHEQUE

La Comisión adoptó su primera decisión formal en materia de tarifas bancarias en 1984, con motivo de un sistema de cheques de viaje denominado Eurocheque²³. La organización Eurocheque nació en 1968 por iniciativa de las entidades financieras europeas con el fin de crear un medio de pago utilizable en el plano internacional, de fácil manejo y bajo coste, que gozase de aceptación universal. El sistema tenía como finalidad facilitar los pagos tanto a escala nacional como internacional, eliminando la multitud de acuerdos bilaterales para el cobro de cheques que en aquel momento estaban en vigor entre los bancos europeos²⁴.

Eurocheque permite a sus usuarios tanto obtener dinero en efectivo como realizar compras en el sector comercial. Ciertamente, los poseedores de eurocheques pueden disponer de dinero en efectivo en la divisa local en las ventanillas de las entidades financieras asociadas. Además, los usuarios pueden realizar compras en establecimientos comerciales adheridos situados en el extranjero. El sistema descansa en dos instrumentos esenciales: el cheque en si mismo y la tarjeta de garantía del cheque que asegura a las entidades aceptantes –ya sean entidades financieras o comerciales– el reembolso de las cantidades abonadas o, en su caso, aceptadas en pago, hasta un montante máximo. Consiguientemente, los participantes pertenecen a dos categorías: las entidades emisoras y las entidades aceptantes. Las primeras libran los cheques y las tarjetas de garantía admitidas en el sistema, mientras que las segundas pagan o, en su caso, aceptan como medio de pago los cheques garantizados.

²³ Decisión de la Comisión de 10 de diciembre de 1984 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE, asunto núm. IV/30/717–*Eurocheques Uniformes*, DOCE núm. L 35/43, de 7 de febrero de 1985.

²⁴ En relación con el funcionamiento del sistema eurocheque *vid.* J. L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, *ADI*, tomo 10, 1984/85, p. 551 y ss.; M. DASSESE/ S. ISAACS, *JIBL*, 1988, p. 105 y ss.; y más recientemente, A. WINCKELMANS DE CLETY, *La coopération entre entreprises*, p. 271 y ss.

La coordinación de las entidades asociadas y el correcto funcionamiento del sistema corre a cargo de una pluralidad órganos. El *Eurocheque Working Group* es el órgano de decisión y de coordinación del sistema; sus decisiones, adoptadas por unanimidad, obligan a todos los miembros y pueden modificar las normas sobre pago de los cheques. El *Congreso Eurocheque* es un órgano consultivo en el que se reúnen tanto las entidades emisoras como las aceptantes. El *Eurocheque Internacional* es la secretaría encargada de la preparación de los trabajos y de la ejecución de las decisiones del *Working Group*. La *Comunidad Eurocheque* reúne a las entidades miembro representadas por organizaciones nacionales. Finalmente, la *Asamblea Eurocheque* es el órgano de decisión de la Comunidad.

En 1980 la Comunidad Eurocheque celebró el acuerdo denominado *Package-Deal* con una vigencia de cinco años, prorrogable automáticamente por períodos de doce meses, que entró en vigor en mayo de 1981 y fue notificado a la Comisión un año más tarde. El convenio tenía por objeto establecer nuevos cauces de pago y de reembolso de los cheques denominados *eurocheques uniformes*. Sus principales disposiciones eran las siguientes²⁵.

En primer lugar, el sector no bancario debía estar abierto al sistema eurocheque y debía ser informado debidamente de las condiciones de garantía. Los comerciantes, hoteles, estaciones de servicio, etc. aceptaban eurocheques uniformes como medio de pago de sus bienes y servicios.

En segundo término, los eurocheques uniformes eran emitidos en la moneda del país extranjero en el que se fuesen a utilizar.

Por último, el cobro de los eurocheques se realizaba a través de un sistema de compensación internacional. La compensación de los eurocheques uniformes emitidos

²⁵ Vid. Punto 17 de la Decisión.

en moneda local suponía la realización de numerosas operaciones: ingreso de la comisión en la cuenta de la entidad aceptante; conversión a la divisa del país de origen; envío de los cheques desde el país del aceptante al del emisor; y transferencia del importe del cheque desde el banco emisor del mismo a la entidad que lo hubiese aceptado. Para simplificar este complejo procedimiento y asegurar el mejor funcionamiento posible de los pagos se establecía un sistema de compensación internacional. De este modo, las centrales de compensación de cada país recogían los eurocheques emitidos por los bancos extranjeros, los enviaban a las centrales correspondientes a cada entidad emisora y recibían los cheques emitidos en su país y que hubiesen sido utilizados en el extranjero²⁶.

Los eurocheques uniformes emitidos en moneda local llevaban aparejada una tasa uniforme, sin mínimo, del 1,5 % del montante del cheque. La comisión se pagaba a través del citado sistema de compensación, sin que a las entidades aceptantes les estuviese permitido deducir su importe del montante que figuraba en el cheque²⁷. Se trataba, en definitiva, de una tarifa uniforme que regía las relaciones entre los bancos emisores y los aceptantes, pero que no suponía necesariamente ningún cargo ni para los comerciantes ni para los usuarios del sistema²⁸.

²⁶ Vid. Punto 23 de la Decisión.

²⁷ Vid. Punto 17 de la Decisión.

²⁸ Vid. B. SOUSI-ROUBI, *Droit bancaire européen*, p. 354. Podría parecer, sin embargo, que el acuerdo *Package-Deal* preveía que la tarifa recayese en los clientes, pues en el mismo se afirmaba que “*las centrales de las entidades emisoras descuentan a los bancos emisores —y éstos a sus clientes— la comisión del 1,25 % destinada a la entidad aceptante extranjera*” (punto 28 de la Decisión). No obstante, a nuestro juicio, esta conclusión se revela cuando menos apresurada si se tiene presente que las disposiciones del acuerdo declaraban expresamente que la decisión de repercutir o no la comisión a los clientes no dependía de la pertenencia de los bancos al sistema Eurocheque. En efecto, se afirmaba que “*las disposiciones anteriores (sobre compensación) sólo conciernen a las relaciones de los bancos pagadores con sus centrales de compensación nacionales y de las centrales de los distintos países entre sí. Éstas no rigen las relaciones internas entre las centrales de compensación y los bancos emisores de su país, ni entre los bancos emisores y sus clientes*”, (punto 27 de la Decisión).

La Comisión declaró que las disposiciones del acuerdo *Package-Deal* “que tienen por objeto fijar el precio de un servicio” constituían un acuerdo expresamente prohibido por el artículo 81.1 del Tratado, en la medida en que “*tienen por efecto impedir la competencia entre los bancos de cualquier país (...) en el cobro de eurocheques emitidos por bancos de otros países*”²⁹. El acuerdo, sin embargo, cumplía las cuatro condiciones necesarias para obtener una autorización. En primer lugar, el sistema contribuía a mejorar los medios de pago en el interior de la Comunidad. En segundo término, los usuarios disfrutaban de numerosas ventajas: 1) disponían de todas las divisas europeas; 2) no tenían que pagar intereses durante el período que iba desde el momento del cobro del cheque hasta la compensación; y 3) podían realizar sus compras directamente en establecimientos comerciales extranjeros. Las entidades del sector comercial asociadas también se beneficiaban del mismo pues las facilidades de pago estimulaban la actividad comercial.

Los puntos más delicados del razonamiento de la Comisión se referían tanto al carácter indispensable de la restricción³⁰ como a la no eliminación de la competencia en una parte substancial del mercado³¹. El hecho de que el acuerdo *Package-Deal* no condicionase el comportamiento de la banca con su clientela se tuvo muy en cuenta para la apreciación de ambas condiciones. En relación con el tercer motivo del artículo 81.3 CE, se entendía que el establecimiento de una comisión uniforme era necesario para el correcto funcionamiento del sistema. La compensación centralizada de los cheques requería que los costes de tramitación estuviesen predeterminados, de manera que los bancos no tuviesen que negociar bilateralmente el precio de cada uno de los servicios que se prestaban dentro del sistema³². La cuarta condición también se cumplía en la

²⁹ Punto 33 de la Decisión.

³⁰ Vid. J. STEENBERGEN, *Le secteur bancaire*, p. 116.

³¹ Vid. L. GYSELEN, [1996] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 338 y ss. y A. PAPPALARDO, *Le secteur bancaire*, p. 85 y ss.

³² En efecto, se consideraba que “la fijación común y uniforme de la remuneración del servicio (...) es inherente y accesoria a la cooperación entre los bancos (...) que hace posible la aceptación y

medida en que subsistían posibilidades de competencia tanto entre los distintos medios de pago (dinero en efectivo, cheques de viaje, bonos postales de pago, tarjetas de crédito, etc.), como en el plano de las relaciones de las entidades emisoras con sus clientes, por cuanto que éstas decidían libremente qué proporción de la comisión debía ser pagada por los usuarios de los cheques³³.

La decisión *Eurocheques: acuerdo Package-Deal* tuvo una importancia extraordinaria no sólo porque era la primera que se dictaba en relación con el sector bancario, sino muy especialmente porque establecía los principios que guiaron la actuación de las autoridades comunitarias en sus decisiones posteriores³⁴. La denominada *doctrina eurocheque*³⁵ adopta como presupuesto la necesidad de trazar una gruesa línea divisoria entre las relaciones entre bancos y las relaciones de los bancos con sus clientes³⁶. Por una parte, se considera que los convenios que fijan las tarifas que

compensación de los cheques emitidos en el extranjero. Comisiones variables de un banco a otro implicarían negociaciones bilaterales entre los quince mil bancos asociados al sistema (...) Toda compensación centralizada sería entonces imposible y los costes de tratamiento de los eurocheques se aumentarían considerablemente" (punto 39 de la Decisión). Ahora bien, también se recordaba que "la presente decisión no cubre los eventuales acuerdos interbancarios nacionales (...) que tengan por objeto fijar el nivel de la comisión que los bancos emisores individuales (...) deben cobrar a sus clientes. Los acuerdos nacionales de este tipo, que eliminan la competencia residual entre los establecimientos emisores de eurocheques uniformes, no podrán, en ningún caso, ser considerados como indispensables en el sentido del artículo 85.3 del Tratado (hoy art. 81.3)" (punto 40 de la Decisión).

³³ Vid. Puntos 41-43 de la Decisión.

³⁴ Numerosos autores destacan la importancia que tuvo el caso *Eurocheques: acuerdo Package-Deal* en las decisiones posteriores de la Comisión. Sobre este particular, *vid.*, entre otros, los trabajos de J. PARDON, *RDAL*, núm. 1, 1990, p. 125, H. SALMON, *JIBL*, núm. 1, 1990, p. 26 J. BIANCARELLI, *GP*, 8.6.1991, p. 250 y ss., C. D. EHLERMANN, *RTDE*, núm. 3, 1993, p. 463 y ss., M. DASSESE/ S. ISAACS/ G. PENN, *EC Banking Law*, p. 286 y ss.; o B. SOUSI-ROUBI, *Droit bancaire européen*, p. 354 y ss.

³⁵ Vid. B. SOUSI-ROUBI, *Droit bancaire européen*, p. 354 y ss.; y D. WAELBROECK, *Le secteur bancaire*, p. 14.

³⁶ La *doctrina eurocheque*, como señala A. PAPPALARDO (*Le secteur bancaire*, p. 81), tenía como precedente la sentencia del TJCE en el caso *Züchner* que establecía ya —en términos generales— el principio de que los acuerdos bancarios sobre comisiones aplicables a los clientes eran contrarios a las normas de competencia del Tratado. Ciertamente, este parece ser el sentido del punto 20 de la sentencia en el que se afirmaba que el artículo 81 CE se infringiría "si una práctica concertada permitiese a los bancos participantes en ella congelar las situaciones adquiridas, privando a sus clientes de cualquier oportunidad real de disfrutar de las prestaciones más favorables que les serían ofrecidas en condiciones normales de competencia".

debe satisfacer la clientela por los servicios bancarios no pueden en modo alguno beneficiarse de una exención del artículo 81.3 CE. Por otra, se admite que los sistemas de pagos puedan establecer las comisiones que las entidades de crédito asociados reciben por los servicios prestados dentro del sistema, pues tal medida –aunque restrictiva de la competencia– puede beneficiarse de una exención siempre que sea indispensable para el buen funcionamiento de los pagos y no elimine la competencia residual entre los bancos y sus clientes³⁷.

La *doctrina eurocheque* pone de manifiesto las peculiaridades del sector bancario que se caracteriza por la necesidad que tiene cada operador de recurrir a un competidor para la ejecución de un elevado número de operaciones de diversa naturaleza³⁸. Así pues, la problemática más importante de la competencia entre entidades de crédito se deriva de la paradójica necesidad de casar los principios de colaboración y competencia³⁹. En todo caso, el hecho de admitir los acuerdos entre bancos sobre comisiones constituye una gran innovación, pues se trataba de la primera vez que la Comisión autorizaba un convenio sobre precios en el sector servicios⁴⁰.

El principio que inspira la decisión *Eurocheques: acuerdo Package-Deal* –la distinción terminante entre acuerdos interbancarios y pactos que afectan a los clientes– se ha mantenido desde entonces, sin apenas variaciones, en las decisiones y sentencias de las autoridades comunitarias. Por ello, a continuación se exponen separadamente ambas categorías de acuerdos.

³⁷ Las decisiones formales de la Comisión suelen emplear el término tarifa interbancaria –*interbank fee*– para designar aquellas tarifas que sirven para remunerar los servicios entre los bancos participantes en un sistema de pagos. Sin embargo, entre los autores es cada vez más frecuente la utilización de la noción de tasa de intercambio –*interchange fee*– para designar esta clase de tarifas, tal vez por la influencia de la doctrina norteamericana. Por tanto, en este trabajo se utilizan indistintamente los términos comisión interbancaria y tasa de intercambio.

³⁸ Vid. M. WAELBROECK/ A. FRIGNANI, *Derecho europeo de la competencia*, p. 731.

³⁹ Vid. P. DE TORRES SIMO, *GJCE*, boletín 92, 1994, p. 10.

⁴⁰ Vid. H. SALMON, *JIBL*, núm. 1, 1990, p. 26

III. ACUERDOS SOBRE PRECIOS INTERBANCARIOS

1. La constante aplicación por la Comisión de la *doctrina eurocheque* en la década de los ochenta

En el año 1986 la Comisión adoptó tres decisiones formales sobre acuerdos entre bancos en las que aplicó, sin apenas variaciones, la denominada *doctrina eurocheque*. Dichos pronunciamientos tenían en común que, a diferencia del caso *Eurocheques: acuerdo Package-Deal*, se referían a asociaciones bancarias de ámbito nacional⁴¹. Sin embargo, las decisiones eran diferentes en el plano jurídico, pues se trataba de solicitudes de declaración negativa (bancos irlandeses), de autorización singular (bancos belgas) o de ambas a la vez (bancos italianos)⁴².

1.1 El asunto *Comité Permanente de los Bancos Irlandeses*

En el primero de estos casos, se trataba de una petición de declaración negativa para una serie de acuerdos entonces en vigor entre los miembros del Comité Permanente de los Bancos Irlandeses (*Irish Banks' Standing Committee*, IBSC)⁴³. El IBSC es una asociación sin personalidad jurídica que tiene por objeto proporcionar un foro de cooperación en cuestiones técnicas y de funcionamiento, del que formaban parte, por aquellos años, en torno al 40% de las entidades de crédito de la República de Irlanda.

⁴¹ Como pone de relieve F. ECHEVARRÍA PORTELL (*CED*, núm. 2, 1989, p.36), las citadas asociaciones tenían, no obstante, dimensiones bien diferentes, pues mientras que la asociación irlandesa agrupaba a cuatro entidades (que representan aproximadamente el 40% del sector), de las asociaciones belga e italiana formaban parte prácticamente la totalidad de los bancos establecidos en dichos países.

⁴² *Vid.* C. D. EHLERMANN, *RTDE*, núm. 3, 1993, p. 464 y ss.

⁴³ Decisión de la Comisión de 30 de septiembre de 1986 relativa a un procedimiento derivado del artículo 85 del Tratado CEE, asunto núm. IV/31.362—*Irish Banks' Standing Committee*, DOCE núm. L 295/28, de 18 de octubre de 1986. Un comentario de la misma puede verse en el *XVI Informe sobre la política de la competencia [1986]*, punto 59.

Los convenios notificados se referían a una serie de cuestiones técnicas que obtuvieron fácilmente la aprobación de las autoridades de competencia⁴⁴. En particular, la Comisión concedió una declaración negativa a tres acuerdos sobre horario de apertura de bancos, normas de compensación y sistema para cargar en cuenta directamente entre los bancos asociados⁴⁵. A pesar de ser la primera decisión formal sobre una asociación bancaria de ámbito nacional, lo cierto es que apenas se dedicó atención al caso del IBSC entre los cronistas de la época⁴⁶.

1.2 El asunto *Asociación Belga de Bancos*

La Asociación Belga de Bancos (*Association Belge des Banques/Belgische Vereniging der Banken*, ABB/BVB), que se rige por el principio de libertad de adhesión, agrupaba a finales de 1986 a la práctica totalidad de los bancos establecidos en Bélgica⁴⁷. Al objeto de promover los intereses comunes del sector, la asociación trata de asegurar el contacto permanente entre sus miembros y de favorecer la adopción de disposiciones sobre la organización y ejercicio de la actividad bancaria. El órgano principal de la ABB/BVB es el Comité de Dirección en el que participan representantes de los principales bancos del país.

Cuando en 1962 se publicó el Reglamento 17/62, que establecía la obligación de notificar los acuerdos que podían ser contrarios al artículo 81.1 CE, la ABB/BVB fue la única asociación bancaria europea que procedió a poner en conocimiento de los servicios de la Comisión los acuerdos celebrados entre sus miembros y que podían

⁴⁴ Vid. F. ECHEVARRÍA PORTELL, *CED*, núm. 2, 1989, p.36.

⁴⁵ En relación con los citados acuerdos vid. A. ALEXIS, *RCC*, núm. 41, 1988, p. 30 y ss.

⁴⁶ En opinión de P. MAESTRE CASAS (*Aplicabilidad del Derecho de la Competencia*, p. 128), la ausencia de interés por la decisión de los bancos irlandeses se debe a que apenas aportó nada nuevo desde el punto de vista doctrinal.

⁴⁷ Como señala J. M. ALSEDO SOLÍS (*NCEE*, núm. 55-56, 1989, p. 31), la ABB/BVB puede calificarse de *patronal* del sector bancario en Bélgica dado que agrupa a casi todos los bancos establecidos en aquel país.

infringir las normas de competencia. Las demás asociaciones nacionales hicieron caso omiso de la nueva disposición, sencillamente porque entendían que las normas de la competencia no se aplicaban al sector bancario. A pesar de que en sus pronunciamientos públicos la Comisión afirmaba lo contrario, lo cierto es que los hechos parecen confirmar la opinión de las asociaciones bancarias, pues los servicios de competencia tardaron trece años en responder a la notificación de la ABB/BVB⁴⁸. En efecto, no fue hasta finales de 1975 cuando la autoridad de competencia envió una solicitud de información a la asociación. En su respuesta, la ABB/BVB informó de las modificaciones introducidas en la lista de acuerdos inicialmente notificados y de los nuevos convenios celebrados desde entonces.

La investigación sobre comisiones iniciada por los servicios de competencia en 1981 como consecuencia de la sentencia *Züchner* revitalizó el caso ABB/BVB. Entre los años 1983 y 1984 se produjeron nuevos contactos entre las partes que dieron lugar a que —tras una larga espera de veintitrés años— la Comisión emitiese un pliego de cargos en la primavera de 1985⁴⁹. Las objeciones planteadas se referían fundamentalmente a aquellos pactos que regulaban las comisiones exigibles a la clientela por los servicios bancarios; tras lo cual la ABB/BVB decidió dejarlos sin efecto⁵⁰.

⁴⁸ Vid. A. BENAVIDES, *JIBL*, núm. 1, 1994, p. 29.

⁴⁹ En el momento de la Comunicación de objeciones, los bancos asociados mantenían, bajo distintas denominaciones, veintidós acuerdos en vigor. La Comisión declaró que ocho no restringían de manera apreciable la competencia. Se trataba de los acuerdos relativos a: 1) reducción del trabajo correspondiente al control de las órdenes de no proceder al pago efectuado con motivo de las operaciones con títulos; 2) introducción en la legislación belga de la 6ª Directiva en materia de IVA; 3) gratuidad de las transferencias de divisas entre bancos; 4) promoción de la utilización del cheque; 5) ejecución de las decisiones adoptadas por las Conferencias internacionales para la racionalización de las relaciones interbancarias; 6) préstamos personales; 7) racionalización bancaria; y 8) protección contra las agresiones a mano armada. De los catorce acuerdos restantes, la Comisión manifestó su intención de adoptar una de prohibición respecto de trece de ellos. No obstante, la autoridad de competencia se reservó su posición sobre el convenio relativo a los tipos de interés (puntos 12-18 de la Decisión).

⁵⁰ Vid. *infra* el punto IV.1.1 del presente capítulo.

La asociación bancaria, no obstante, decidió mantener parcialmente en vigor tres acuerdos, si bien se eliminó de los mismos cualquier referencia a las relaciones de los bancos con sus clientes⁵¹. Dichos pactos eran los siguientes: 1) Convenio relativo a las operaciones con títulos, el cual determinaba el importe de las devoluciones que, sobre las comisiones que percibían por estos servicios, restituían los bancos depositarios a los otros bancos establecidos en Bélgica en concepto de compensación por su intervención, por un lado, en el pago de cupones y de títulos y, por otro, en otras operaciones con títulos (cambio y renovación de cupones, estampillado de títulos, etc.); 2) Convenio relativo a los pagos procedentes del extranjero, que fijaba la cuantía máxima de la comisión de pago (expresada en un porcentaje del importe de la operación) que podía ser percibida entre bancos por cualquier operación de pago internacional en divisas procedente del extranjero, tramitada por un banco establecido en Bélgica con destino a otro banco establecido también en dicho país. El acuerdo no se aplicaba a los eurocheques emitidos hasta el límite máximo de compensación y a determinados cheques de viaje; 3) Convenio relativo al ingreso en caja de cheques y de efectos comerciales procedentes del extranjero. Este convenio se diferenciaba de los anteriores en que no fijaba tarifas, sino que meramente establecía el principio de la percepción de comisiones y precisaba a quién correspondía pagarlas. En concreto, el acuerdo disponía que el banco encargado del ingreso tenía derecho a percibir la comisión y gastos a cargo del librador⁵².

⁵¹ La Comisión se pronunció en estos términos en diversas ocasiones: en el Punto 18 de la Decisión; en el *XVI Informe sobre la política de competencia [1986]*, punto 60 y en la Nota de Prensa IP/86/619 de 17 de diciembre de 1986. En la misma línea, *vid.* J. BIANCARELLI, *GP*, 1991, p. 251. Sin embargo, esta afirmación no es del todo exacta pues, como señala B. SOUSI-ROUBI (*Droit bancaire européenne*, p. 358), el tercer convenio objeto de la Decisión disponía que la comisión debía pagarla el librador de los cheques o de los efectos de comercio, es decir, que era el cliente quien debía hacer frente a la carga de la comisión.

⁵² *Vid.* Puntos 22-33 de la Decisión; y J. CADENAS CORONADO, *RDBB*, núm. 45, 1992, p. 180.

Los convenios parcialmente en vigor constituyeron el objeto de la Decisión de 11 de diciembre de 1986⁵³. La autoridad comunitaria estimó que los tres acuerdos infringían el artículo 81.1 del Tratado. El convenio sobre operaciones con títulos y el relativo a pagos procedentes del extranjero “*restringen, e incluso suprimen, la libertad de los Bancos que los aplican de fijar bilateralmente la retribución por los servicios que se prestan entre ellos*”⁵⁴. En el caso del segundo, sobre pagos procedentes del extranjero, las restricciones eran más graves porque establecía una tarifa uniforme expresada en términos absolutos⁵⁵. El tercer acuerdo, relativo al ingreso en caja de cheques y de efectos comerciales procedentes del extranjero, aunque no fijaba tarifa alguna, también limitaba la competencia porque establecía el principio y las modalidades de percepción de una comisión, de tal forma que los bancos no podían optar por ofrecer gratuitamente el servicio⁵⁶.

⁵³ Decisión de la Comisión de 11 de diciembre de 1986 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE, asunto núm. IV/261-A-*Association Belge des Banques/Belgische Vereniging der Banken*, DOCE núm. L 7/27, de 9 de enero de 1987. La comunicación previa se publicó en el DOCE núm. C 199/2 de 8 de agosto de 1986. De la decisión se da cuenta en el *XVI Informe sobre la política de competencia [1986]*, punto 60 y en la Nota de Prensa IP/86/619 de 17 de diciembre de 1986. *Id.*, asimismo, la crónica de J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (*RDBB*, núm. 25, 1987, p. 227 y ss.). En cuanto al contenido de la Decisión, ha de tenerse presente que la Comisión también había planteado objeciones respecto de un convenio sobre el artículo 45 de la ley uniforme sobre la letra de cambio y el pagaré. Como consecuencia de las negociaciones que siguieron a la declaración de objeciones, la ABB/BVB eliminó del mismo toda referencia a tarifas y comisiones por lo que se consideró que en su nueva redacción el citado acuerdo no restringía la competencia (*vid.* Punto 19 de la Decisión).

⁵⁴ Punto 44 de la Decisión.

⁵⁵ Por el contrario, en el primer convenio, relativo a operaciones con títulos, “*únicamente se fijan los porcentajes de la devolución, pero no la cuantía exacta de ésta, que depende del importe de la comisión percibida por el Banco-domicilio (tasa que, por si misma, ya no es objeto de un convenio interbancario)*” (punto 44 de la Decisión).

⁵⁶ En el convenio relativo al ingreso en caja de cheques y de efectos comerciales procedentes del extranjero se daban dos circunstancias que lo diferenciaban de los que le preceden: por una parte, el acuerdo no fijaba el importe exacto de la comisión que percibían los bancos y, por otra, el convenio podía afectar a las relaciones banca-cliente puesto que establecía el principio de que la tarifa corría a cargo del ordenante (*vid.* B. SOUSI-ROUBI, *Droit bancaire européen*, p. 358). En nuestra opinión, dichas notas pueden llevar a conclusiones opuestas, pues mientras que de la primera se puede concluir que la limitación de la competencia es menos grave (*vid.* al respecto J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *RDBB*, núm. 25, 1987, p. 229, quien cuestiona incluso la existencia de una vulneración de la competencia), la segunda conduce inexorablemente a calificar de particularmente grave la restricción de la competencia que ocasiona el convenio.

A pesar del carácter restrictivo de los tres convenios citados, la Comisión concluyó que se cumplían las condiciones requeridas para conceder una autorización. En efecto, tales acuerdos mejoraban la oferta de servicios bancarios y el sistema de pagos. Además, beneficiaban a los usuarios en tanto que o bien creaban servicios que de otro modo no podrían existir o bien facilitaban el desarrollo de las operaciones que ya se prestaban⁵⁷.

Resulta más interesante el razonamiento utilizado por la Comisión para apreciar la concurrencia del tercer y del cuarto requisito del artículo 81.3 CE. Como ocurría en el caso *Eurocheques*, los servicios de competencia declararon que la tarifa uniforme era indispensable para el buen funcionamiento del sistema. En primer lugar, en relación con el acuerdo sobre operaciones con títulos, simplemente se repitió el razonamiento utilizado en el caso *Eurocheques*, en el sentido de que el pacto evitaba elevados costes de transacción; los ochenta y cuatro bancos asociados no tenían que entablar lentas y costosas negociaciones bilaterales para la retribución de los numerosos servicios que se prestaban dentro del sistema. En segundo término, respecto del convenio sobre pagos procedentes del extranjero se tomó en consideración un nuevo razonamiento: la tasa uniforme máxima protegía a los bancos de menor tamaño que casi siempre actuaban como destinatarios (y por tanto eran ellos a quienes les correspondía pagar la comisión). Finalmente, en el caso del convenio relativo al ingreso en caja de cheques y de efectos comerciales procedentes del extranjero, también se introdujo una nueva argumentación: el pacto era necesario en la medida en que evitaba que algunos bancos decidiesen salirse del sistema como consecuencia de controversias sobre la imputación de comisiones y gastos⁵⁸.

El principio de que los convenios no regulaban las relaciones de los bancos con su clientela –al igual que en el caso *Eurocheques*– constituye la piedra angular sobre la

⁵⁷ Vid. J. STEENBERGEN, *Le secteur bancaire*, p. 117.

⁵⁸ Vid. L. GYSELEN, [1996] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 339 y ss.

que se apoyó la argumentación de la Comisión para probar que los acuerdos no eliminaban las posibilidades de competencia en el mercado⁵⁹. En el primer convenio, sobre operaciones con títulos, los bancos podían fijar libremente el importe de la tarifa que cargaban a los emisores de títulos, de forma que éstos podían hacer entrar en juego la competencia entre bancos al designar como gestor de sus títulos a aquel banco que les exigiese menores comisiones. En el segundo, relativo a los pagos procedentes del extranjero, subsistían posibilidades de competencia en dos niveles. Por un lado, el banco intermediario podía renunciar a percibir una comisión o fijarla por debajo del máximo que fijaba el convenio. Por otro, el banco destinatario era libre para determinar qué proporción de la comisión de intermediación, en caso de existir, repercutía en su clientela. Finalmente, en el convenio relativo al ingreso en caja de cheques y de efectos comerciales procedentes del extranjero, los bancos podían fijar tarifas diferentes, de forma que las tarifas de los servicios variaban de un banco asociado a otro.

Por todo ello, los servicios de competencia comunitarios concedieron una exención por un período de diez años, sujeta a la condición de que la ABB/BVB le informase de cualquier modificación que se produjese en el contenido de los acuerdos.

1.3 El asunto *Asociación Bancaria Italiana*

La asociación bancaria italiana (ABI) es una asociación sin fines lucrativos que pretende hacer frente a los problemas que afectan al sector financiero italiano. Entre sus actividades se encuentra tanto el fomento del intercambio de información y de los acuerdos entre sus miembros, como la cooperación con los poderes públicos para solucionar los inconvenientes que se presentan en el sector. En 1986 formaban parte de

⁵⁹ Vid. A. VAN DER BEEK, *RIDE*, núm. 1, 1992, p. 46 y ss. Es más, en opinión de L. GYSELEN ([1996] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 340), en este caso la ausencia de efectos en el plano banco-cliente (*intra-system competition*), tenía probablemente una importancia aún mayor, pues la Comisión carecía de pruebas sobre la existencia de competencia entre los distintos sistemas de pagos (*inter-system competition*).

la asociación prácticamente la totalidad de las instituciones de crédito establecidas en Italia.

Como consecuencia de la investigación sobre comisiones bancarias iniciada en 1981, la ABI notificó a la Comisión quince acuerdos. De éstos, la asociación abandonó voluntariamente cinco, respecto de los cuales los servicios de competencia le habían presentado objeciones por afectar al comportamiento de los bancos con su clientela. En relación con los diez restantes, la Comisión declaró que siete acuerdos no infringían las normas de competencia de forma apreciable y que los otros tres, aunque contrarios al artículo 81.1 CE, reunían las condiciones que el apartado 3 del artículo 81 CE exige para conceder una autorización. Como a continuación podrá observarse, la argumentación de la Comisión en este caso es muy similar a la mantenida en el asunto de la asociación belga, por lo que viene a confirmar, una vez más, la vigencia de la *doctrina eurocheque*.

Ciertamente, la autoridad *antitrust* comunitaria resolvió conceder una declaración negativa a determinados convenios, en un caso porque no limitaban la competencia, y en el resto porque carecían de dimensión comunitaria. Tales acuerdos eran los siguientes:

a) El acuerdo sobre operaciones en divisas y/o en liras de cuentas extranjeras no provocaba restricción de la competencia alguna. Se trataba de un instrumento técnico para sancionar a los bancos responsables de retrasos en las citadas operaciones, los cuales quedaban obligados a satisfacer al banco destinatario los intereses que eventualmente hubiese pagado.

b) Otros seis acuerdos que fijaban la remuneración de los servicios se beneficiaron de una exención porque no afectaban al comercio en el interior del Mercado Común. Aunque no tuviesen efectos transfronterizos y por tanto quedasen fuera del ámbito de actuación de la Comisión, tales convenios provocaban una

limitación sensible de la competencia en el interior de Italia. Los acuerdos sobre cajas fuertes y custodia de valores restringían la competencia de manera particularmente grave porque fijaban las condiciones aplicables a los clientes. Si la Comisión hubiese extendido su competencia sobre los mismos, con toda probabilidad los habría declarados prohibidos. Por el contrario, en el caso de los convenios Bancomat, Relaciones Interbancarias Directas (RID), recibos bancarios (RIBA) y servicio de cobro de facturas telefónicas, la limitación de la competencia se producía únicamente en el plano de las relaciones entre bancos y, por tanto, a nuestro entender se beneficiarían probablemente de una autorización.

Merece ser destacado que el tratamiento dado a los acuerdos sobre los servicios de alquiler de cajas fuertes y de custodia de valores incurría en una clara contradicción con la posición mantenida por la Comisión respecto de los mismos servicios en el asunto de los bancos belgas⁶⁰. En el caso de la asociación belga de bancos, la Comisión declaró que tenía intención de adoptar una decisión de prohibición respecto de los acuerdos sobre custodia de valores y de alquiler de cajas fuertes. En el presente asunto, sin embargo, la autoridad comunitaria emitió una declaración negativa porque entendió que la naturaleza de estos servicios excluía la posibilidad de que el comercio intracomunitario pudiese verse afectado. En definitiva, la falta de una valoración coherente de los acuerdos no es sino una consecuencia del endeble razonamiento utilizado por la autoridad de competencia a la hora de valorar la concurrencia en este caso del presupuesto de la afectación del comercio comunitario⁶¹.

⁶⁰ Vid. *supra* el punto III.1.2 del presente capítulo.

⁶¹ Como señalan M. DASSESE/ S. ISAACS/ G. PENN (*EC Banking Law*, p. 275 y ss.) las razones esgrimidas por la Comisión eran poco realistas. Cabe recordar que la autoridad comunitaria señalaba al respecto que “la propia operación de depósito en cajas fuertes o de custodia de valores parece excluir el propósito de utilizar los bienes o los valores mobiliarios para el intercambio” (punto 40 de la Decisión). Pues bien, a juicio de estos autores, esta argumentación confundía el servicio prestado (de custodia) con el objeto del mismo (los valores depositados). En la práctica bancaria, lo normal era que los bancos que adquirían valores en Italia los dejaran bajo custodia de entidades italianas. El servicio de custodia incidía, por tanto, en los intercambios intracomunitarios de valores, con independencia de que, en el momento preciso del depósito, los valores no se encontrasen en circulación. Vid., en parecidos términos, A. VAN DEER VEEK, *RIDE*, núm. 1, 1992, p. 48; y J. STEENBERGEN, *Le secteur bancaire*, p. 115.

Finalmente, la Comisión concedió una autorización a tres convenios sobre 1) servicio de cobro y/o aceptación de efectos y documentos en Italia; 2) servicio de cobro de cheques bancarios y otros títulos de crédito pagaderos en Italia; y 3) acuerdos interbancarios sobre un nuevo tipo uniforme de cheque turístico en liras. El primero regulaba los aspectos técnicos de la colaboración interbancaria en los servicios de cobro y/o aceptación de efectos y documentos en Italia; el acuerdo fijaba el importe que debía pagar el cliente que quisiera beneficiarse del sistema de declaración rápida de impagados (plazo máximo de 15 días) al banco que notificaba la morosidad. El segundo definía las modalidades técnicas del funcionamiento del servicio de cobro de cheques bancarios y otros títulos de crédito en Italia, en lo que se refería a las relaciones entre bancos; el convenio establecía fechas de valor uniformes para el adeudo y el crédito de los cheques y otros títulos. Por último, el tercero señalaba las reglas de funcionamiento de un nuevo tipo unificado de cheque turístico emitido en liras; se establecía la retribución que correspondía a los bancos participantes y las fechas de valor del adeudo al corresponsal del importe de títulos vendidos. En este último caso, el cliente tenía que pagar una comisión en función del importe de los cheques vendidos.

Los tres convenios antes referidos infringían el apartado 1 del artículo 81 CE porque limitaban la libertad de los bancos para seguir sus propias políticas de precios. En este punto la autoridad de competencia introdujo dos novedades importantes. De un lado, por primera vez la Comisión miró más allá de la mera relación entre bancos al reconocer que la fijación de comisiones interbancarias afectaba también al comportamiento de las entidades de crédito con la clientela⁶². De otro, se tuvo en cuenta que los acuerdos sobre comisiones celebrados por una asociación bancaria nacional

⁶² En concreto, se entendía que *“esta fijación de comisiones y de fechas de valor influye en las posibilidades de los participantes para decidir las condiciones que desearían reservar a sus clientes en función de su situación interna de rentabilidad (...), de su especialización y de su política comercial (punto 43 de la Decisión), de forma que “la libertad de elección de los usuarios resultan restringidas (punto 44 de la decisión). En torno a esta cuestión, vid. L. GYSELEN, [1996] Fordham Corp. L. Inst., p. 340.*

podían constituir una importante barrera para la entrada de nuevos competidores en el mercado⁶³.

La Comisión adoptó el mismo razonamiento que en el caso *ABB/BVB* para considerar que los tres convenios citados satisfacían las condiciones que el artículo 81.3 CE exige para conceder una exención⁶⁴. Primero, los convenios respondían a una exigencia de normalización y de racionalización de los servicios ofrecidos. Segundo, los acuerdos en cuestión ofrecían ventajas a los usuarios en forma de servicios más ágiles y seguros. Tercero, las restricciones impuestas a los bancos eran indispensables para el buen funcionamiento de las distintas operaciones. La fijación de una comisión uniforme era imprescindible porque evitaba que los bancos tuviesen que negociar bilateralmente la remuneración de cada uno de los servicios que se prestaban. Cuarto, subsistían posibilidades de competencia en las relaciones de los bancos con su clientela, en la medida en que los bancos eran libres para fijar el porcentaje de la tasa uniforme que repercutían en su clientela. Además, en lo que respecta a los dos primeros convenios sobre servicios de cobro, la elección del cliente no se basaba únicamente en el coste del servicio, sino también en otros condicionantes (como podía ser el crédito concedido por el banco) que permanecían abiertos a la competencia. En relación con el último acuerdo, se entendía que el cheque turístico en liras competía con otros medios de pago utilizables en más de un país, como tarjetas de crédito, eurocheques o bonos postales de pago⁶⁵.

⁶³ "Los bancos extranjeros establecidos en Italia, para aprovecharse de los servicios ofrecidos por la ABI, deben hacerse miembros de la misma. Como miembros, firman los acuerdos a partir del momento en que sus actividades se extiendan a los sectores comprendidos en dichos acuerdos. Por lo tanto, quedará eliminada cualquier posibilidad de competencia por su parte con los bancos italianos debido a que tendrán que respetar las comisiones y las fechas de valor indicadas en los acuerdos y no tendrán libertad para fijar un elemento fundamental de la competencia: el precio del servicio prestado. En estas circunstancias, la penetración de los Bancos extranjeros en el mercado italiano se hace más difícil" (punto 45 de la Decisión).

⁶⁴ Vid. J. STEENBERGEN, *Le secteur bancaire*, p. 117; y J. F. BELLIS, *Mélanges Jean Pardon*, p. 11.

⁶⁵ Puntos 53-71 de la Decisión.

Con estos antecedentes, la Comisión concedió una exención por diez años a los tres acuerdos considerados, sujeta a la obligación impuesta a la ABI de informar a la Comisión de cualquier cambio que se produjese en el contenido de los acuerdos⁶⁶.

2. El asunto *Bancos holandeses* (1989)

A primera vista, en el caso *Bancos holandeses* la autoridad de competencia comunitaria adoptó una actitud más severa que en los casos precedentes, pues parece dar a entender que los acuerdos sobre comisiones interbancarias sólo se podrían beneficiar de una exención *en casos excepcionales*⁶⁷. Ciertamente, este era el sentido de las palabras pronunciadas por el entonces comisario de competencia, Sr. Brittan, quien afirmaba que “*en este caso, pretendimos acabar con los dos tipos de acuerdos y no meramente con los de tipo banca-cliente, porque no consideramos que el acuerdo sobre comisiones interbancarias fuese necesario para el correcto funcionamiento del sistema*”⁶⁸. Sin embargo, conviene señalar que la reserva frente a las comisiones interbancarias manifestada por la Comisión en el presente asunto, no fue posteriormente confirmada en las decisiones que la siguieron.

La decisión se diferencia de las anteriores en que se acompañaba de un índice detallado de todos los acuerdos que fueron objeto de consideración por los servicios de la Comisión, incluidos aquéllos abandonados voluntariamente por las partes. La

⁶⁶ Decisión de la Comisión de 12 de diciembre de 1986 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE, asunto núm. IV/31.356-ABI, DOCE núm. L 43/51, de 13 de febrero de 1987. La comunicación previa se publicó en el DOCE núm. C 251/2 de 8 de octubre de 1986. De la decisión se da cuenta en el *XVI Informe sobre la política de competencia [1986]*, punto 61.

⁶⁷ Decisión de la Comisión de 19 de julio de 1989 sobre un procedimiento con arreglo al artículo 85 del Tratado CEE, asunto núm. IV/31.499-*Nederlandse Banken*, DOCE núm. L 253/1, de 30 de agosto de 1989 y Proyecto de Comunicación con arreglo al apartado 3 del artículo 19 del Reglamento núm. 17 del Consejo relativa a una notificación: asunto núm. IV/31.499-*Bancos de los Países Bajos*, DOCE núm. C 282/4, de 5 de noviembre de 1988.

⁶⁸ L. BRITTAN, “Competition in financial services”, conferencia pronunciada en enero de 1992 en el Centro de Estudios sobre Política Europea de Bruselas, de la que se da cuenta en M. DASSESE/ S. ISAACS/ G. PENN, *EC Banking Law*, p. 297.

inserción de un anexo de estas características debe ser aplaudida, pues tiene un extraordinario valor *pedagógico* a la hora de determinar qué acuerdos son aceptables para las autoridades comunitarias de competencia⁶⁹.

Entre los años 1985 y 1987 la *Nederlandse Bankiersvereniging* (NBV) notificó a la Comisión los reglamentos, decisiones y circulares emitidos por ella y por otras organizaciones holandesas del sector financiero, así como diversos acuerdos en los que participaba ella misma o algunas de dichas organizaciones, al objeto de solicitar una declaración negativa o, en su caso, una autorización singular. Las distintas entidades financieras que participaban en los acuerdos, poseían entonces más del 90% del total de depósitos de los bancos establecidos en Holanda⁷⁰.

Después del pliego de cargos enviado por las autoridades de competencia a principios de 1987 y de los contactos que le siguieron, las partes decidieron poner fin a numerosos convenios que incluían comisiones mínimas uniformes que debían ser aplicadas por los bancos en numerosos servicios, tanto en las relaciones entre entidades como en las mantenidas directamente con la clientela⁷¹.

Conviene resaltar que, en el pliego de cargos, la Comisión manifestó su intención de prohibir otros acuerdos no ya porque restringían la actuación libre de los competidores, sino porque originaban discriminaciones⁷². No se trataba únicamente de que los acuerdos impidiesen a las entidades de crédito ejercer una política de precios independiente sino que, además, se valoraba negativamente la adopción por los bancos de conductas discriminatorias al establecer tarifas diferentes para servicios

⁶⁹ Vid. C. D. EHLERMANN, *RTDE*, núm. 3, 1993, p. 465.

⁷⁰ Vid. *XIX Informe sobre la política de competencia [1989]*, punto 53, en el que da cuenta de la Decisión de la Comisión.

⁷¹ Vid. *infra* el punto IV.1.1 del presente capítulo.

⁷² Vid. M. DASSESE/ S. ISAACS/ G. PENN, *EC Banking Law*, p. 299.

equivalentes⁷³. Las tarifas discriminatorias perjudicaban, directa o indirectamente, a los bancos que no eran miembros del sistema, a la clientela y, en general, a la competitividad de los mercados de servicios afectados que veían incrementados sus costes sin una justificación objetiva⁷⁴.

Es menester subrayar, además, que las partes propusieron a la Comisión sustituir determinadas tarifas mínimas aplicables a los clientes por tarifas mínimas que se aplicarían exclusivamente en las relaciones entre bancos. La autoridad comunitaria declaró que no aceptaba dicha propuesta porque no había sido acreditado que la fijación de comisiones fuese indispensable para alcanzar los objetivos de los acuerdos cuestionados. Se añadía que *“sólo en casos excepcionales, donde dicha necesidad quede demostrada, podrán beneficiarse de una exención (...) los acuerdos sobre comisiones interbancarias”*⁷⁵. Con apoyo en estas palabras, algunos autores señalaron que la decisión de los bancos holandeses de alguna manera suponía un endurecimiento de la *doctrina eurocheque* porque parecía indicar que la apreciación del tercer requisito del

⁷³ En concreto, la Comisión consideró que los siguientes acuerdos originaban discriminaciones: 1) convenio sobre distintos servicios bancarios que establecía tarifas más elevadas para aquellas entidades que no pertenecían a la asociación o tenían su establecimiento en el extranjero; 2) convenio sobre transferencias entre residentes y no residentes, que preveía comisiones más altas en este último servicio que en las transferencias realizadas entre residentes, aunque se encontrasen en el extranjero. Se exceptúan de este tratamiento diferenciado las transferencias entre residentes y no residentes realizadas por los bancos miembros de la asociación. Tanto para la regla general como para la excepción, se trataba de prestaciones equivalentes que no justificaban objetivamente la existencia de dicha diferencia de precios (vid. Puntos 22-25 de la Decisión).

⁷⁴ En relación con esta cuestión, cabe cuestionarse, en términos generales, la legitimidad de la práctica de una asociación de empresarios que consista en favorecer a sus miembros mediante una rebaja en los precios de los bienes o servicios que se ofertan en el mercado. Como señala VAN DEER VEEK (*RIDE*, núm. 1, 1992, p. 51), en el caso que nos ocupa, la Comisión parecía decantarse por la tesis de que una asociación bancaria no puede favorecer a sus miembros frente a los no miembros mediante rebajas en el precio de los servicios que se prestan. Sin embargo, en otros sectores, la autoridad de competencia ha declarado que una rebaja del 25% ofrecida por una asociación médica británica a sus miembros no constituye una discriminación prohibida (Decisión de la Comisión de 11 de julio de 1988 en el asunto núm. IV/31.593— *British Dental Trade Association* (BDTA), DOCE núm. L233/15, de 23 de agosto de 1988).

⁷⁵ Punto 26 de la Decisión.

artículo 81.3 debía ser más estricta y limitarse a casos extraordinarios⁷⁶. Ello no obstante, lo cierto es que las decisiones posteriores de la Comisión no confirmaron esta desconfianza hacia las comisiones uniformes⁷⁷.

De los doce convenios que las asociaciones bancarias holandesas mantuvieron en vigor, la Comisión emitió una declaración negativa respecto de once de ellos. La exención recayó sobre dos tipos de acuerdos: por una parte, aquéllos que no restringían de forma apreciable la competencia y, por otra, aquéllos que no afectaban al comercio entre los Estados miembros. Todos ellos tienen en común que se referían a actividades secundarias de la banca⁷⁸.

Los primeros, que no afectaban sensiblemente a la competencia, son los siguientes: 1) reglas generales de las asociaciones bancarias afectadas; 2) circulares relativas a operaciones de agentes de cambio por cuenta propia; 3) circular sobre pagos SWIFT y demás pagos en divisas extranjeras entre bancos de divisas; 4) acuerdo sobre líneas telefónicas abiertas; 5) reglamento sobre operaciones con divisas; 5) decisión sobre tarifas por la utilización de sobres franqueados; 6) decisión sobre venta de bonos de regalo; 7) circular sobre operaciones a plazo con divisas extranjeras; y 8) convenio relativo a la concesión de primas sobre servicios de ahorro⁷⁹.

⁷⁶ En este sentido se pronuncian M. DASSESE/ S. ISAACS/ G. PENN (*EC Banking Law*, p. 297 y ss.) y A. VAN DEER VEEK (*RIDE*, núm. 1, 1992, p. 53). En contra, D. WAELBROECK (*Le secteur bancaire*, p. 14) y P. MAESTRE CASAS (*Aplicabilidad del Derecho de la competencia*, p. 139). Esta última parece ser la postura adoptada por la Comisión en el XIX Informe, en el que se afirma que "la decisión confirma la posición adoptada por la Comisión en casos anteriores según la cual los acuerdos sobre comisiones por servicios interbancarios sólo pueden estar eximidos en casos excepcionales, cuando sean realmente necesarias para la realización de ciertas formas de cooperación entre varios bancos" (*XIX Informe sobre la política de competencia* [1989], punto 53).

⁷⁷ En todo caso, como señalan C. D. EHLERMANN (*RTDE*, núm. 3, 1993, p. 465) y H. SALMON (*JIBL*, núm. 1, 1990, p. 28), el caso *Bancos Holandeses* demostró que la doctrina eurocheque no debía ser interpretada en el sentido de que los acuerdos sobre comisiones uniformes en el plano interbancario eran automáticamente autorizables por la Comisión.

⁷⁸ Vid. SOUSI ROUBI, *Droit bancaire européen*, p. 352.

⁷⁹ Vid. Puntos 47-53 y Anexo de la Decisión.

Además, en la Decisión se señaló que no afectaban al comercio dentro del mercado común dos acuerdos relativos a los servicios de alquiler de cajas fuertes y de transferencias *actie-accept*⁸⁰. En relación con dichos convenios es menester hacer dos breves reflexiones. Por una parte, en el caso del acuerdo sobre alquiler de cajas fuertes, se confirmó la tesis mantenida por la Comisión en el caso de la Asociación Bancaria Italiana en el sentido de que tales acuerdos caían fuera del ámbito de aplicación de las normas de competencia del Tratado⁸¹. Por otra, el pronunciamiento de la Comisión respecto del convenio sobre transferencias *actie-accept* dio lugar a que las asociaciones bancarias implicadas interpusiesen un recurso ante los tribunales comunitarios en 1989⁸². En la decisión se afirmaba que dicho acuerdo, por el que se establecía una tasa interbancaria para este tipo de transferencias, restringía la competencia al impedir a los bancos negociar condiciones más favorables. Sin embargo, el pacto se benefició de una declaración negativa porque se entendía que carecía de dimensión comunitaria. La parte demandante afirmaba que la citada decisión le perjudicaba por cuanto que abría la puerta para que se iniciase en el plano interno un procedimiento con fundamento en unos hechos que habían sido calificados de restrictivos por las autoridades comunitarias. En su sentencia, el Tribunal de Primera Instancia declaró la inadmisibilidad del recurso basada en la falta de legitimidad de la NVB⁸³. El TPI recordó que el recurso previsto en el artículo 230 CE sólo cabía contra actos lesivos, es decir, contra actos que pudiesen afectar a una situación jurídica determinada. Además, el demandante debía demostrar un interés preexistente y real en la anulación del acto impugnado. A juicio del TPI, ninguna

⁸⁰ Se trataba de un tipo de transferencias generalmente voluntarias que tenían una finalidad caritativa (Punto 43 de la Decisión).

⁸¹ *Vid. supra* el punto IV.1.3 del presente capítulo.

⁸² Recurso interpuesto el 2 de octubre de 1989 contra la Comisión de las Comunidades Europeas por 1. *Nederlandse Bankiersvereniging* y 2. *Nederlandse Vereniging van Banken*, asunto núm. C-302/89, DOCE núm. C 293/10 de 21 de noviembre de 1989. Las partes presentaron su recurso ante el TJCE el cual, mediante auto de 15 de noviembre de 1989, se lo remitió al TPI. *Vid.* la crónica de J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *RDBB* núm. 36, 1989, p. 887.

⁸³ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de septiembre de 1992, asunto T-138/89-*Nederlandse Bankiersvereniging y Nederlandse Vereniging van Banken v. Comisión*, Rec. 1992, p. II-2181 y ss.

de estas circunstancias se daba en el presente caso por lo que era procedente declarar inadmisibile el recurso⁸⁴.

Finalmente, la Comisión resolvió que el último convenio que quedaba por examinar, sobre procedimientos simplificados de pago de cheques en florines y en divisas extranjeras, era contrario al artículo 81.1 CE. No obstante, dicho convenio cumplía las condiciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado por lo que se le concedió una exención por un plazo de diez años. Primero, la aplicación de procedimientos uniformes mejoraba el pago de los cheques. Segundo, los usuarios participaban equitativamente de la mejora en tanto que disponían con mayor rapidez de las cantidades pagadas mediante cheques. Tercero, las fechas de valor uniformes eran indispensables para garantizar el éxito del procedimiento de pago acelerado. Cuarto, el acuerdo no regulaba las relaciones de los bancos con la clientela y, por tanto, subsistían posibilidades de competencia a ese nivel. Además, las fechas de valor no constituían el único factor de competencia sobre los cheques, que también competían con otros medios de pago a disposición de la clientela⁸⁵.

3. La Comunicación de la Comisión de septiembre de 1995 sobre la política de competencia y transferencias transfronterizas

En 1995 la Comisión publicó una Comunicación en la que exponía su opinión acerca de la compatibilidad de los sistemas de transferencias transfronterizas con los artículos 81 y 82 del Tratado CE⁸⁶. El citado documento se inscribía dentro del esfuerzo

⁸⁴ Vid. Puntos 30-35 de la Sentencia.

⁸⁵ Vid. Puntos 61-65 de la Decisión.

⁸⁶ Comunicación (95/C 251/03) sobre la política de competencia y transferencias transfronterizas, DOCE núm. C 251/3, de 27 de septiembre de 1995. En torno a la Comunicación vid. *XXV Informe sobre la política de competencia [1995]*, puntos 45-48; L. GYSELEN, [1996] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 344 y ss.; y *EC Competition Policy*, s/p; R. LAFUENTE SÁNCHEZ, *NUE*, 1999, núm. 169, p. 71 y ss.; J. PALLARÉS AYALA, *RDBB*, 1996, núm. 61, p. 213 y ss.; y CUATRECASAS Abogados, *Instructa*, 1995, núm. 9, p. 5 y ss.

emprendido por las instituciones comunitarias para lograr el funcionamiento de sistemas de pagos rápidos, fiables y seguros en el seno de la Unión Monetaria Europea⁸⁷, proceso que más tarde daría sus frutos con la promulgación de la Directiva 97/5/CE relativa a las transferencias transfronterizas⁸⁸.

En la Comunicación se reconocía que los sistemas de pagos tradicionales incurrieran en costes muy elevados, dado que las transferencias se negociaban de una en una. Ante esa situación claramente ineficiente, las entidades financieras europeas habían establecido cauces de cooperación para desarrollar nuevas formas de gestionar las transferencias transfronterizas. La Comisión sostenía que –en general– estaba dispuesta a adoptar una visión favorable de los acuerdos bancarios que permitiesen a las entidades de crédito ofrecer mejores sistemas de transferencias transfronterizas y que, en particular, cumpliesen los requisitos señalados en la Directiva 97/5/CE⁸⁹. Sin embargo, dicha cooperación entre competidores también debía ser objeto de análisis desde la óptica del Derecho *antitrust* porque era preciso garantizar que se respetase la competencia tanto entre bancos como entre sistemas de pagos⁹⁰.

⁸⁷ En opinión de la industria bancaria, la Comunicación 95/C 251/03 tenía una gran relevancia pues el éxito de la Directiva sobre transferencias dependía, en gran medida, de la actitud que adoptasen los servicios de competencia de la Comisión sobre el particular. *Vid.* L. GYSELEN, *EC competition policy*, s/p; y Nota de Prensa IP/95/958, de 13 de septiembre de 1995. Buena muestra de la conexión que existía entre ambas iniciativas es el hecho de que la Comunicación se publicase en las mismas fechas que la Propuesta de Directiva (Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 94/C 360/11, de 18 de noviembre de 1994, DOCE núm. C 360/13, de 17 de diciembre de 1994).

⁸⁸ Directiva 97/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de enero de 1997, relativa a las transferencias transfronterizas, DOCE núm. C 43/25, de 14 de febrero de 1997. Sobre el régimen jurídico comunitario de las transferencias transfronterizas contenido en la Directiva *vid.*, entre otros, A. AURIOLES MARTÍN, *DN*, 1997, núm. 85, p. 11 y ss.; M. A. PERALES CASILLAS, *DN*, 1997, núm. 88, p. 1 y ss.; R. LAFUENTE SÁNCHEZ, *RGD*, 1996, núm. 620, p. 5003 y ss.; J. M. VÁZQUEZ PENA, *RDBB*, 1997, núm. 65, p. 359 y ss. y *La transferencia bancaria*, p. 323 y ss. En nuestro país, la citada Directiva ha sido transpuesta en la Ley 9/1999, de 12 de abril, por la que se regula el régimen jurídico de las transferencias entre Estados miembros de la Unión Europea (B.O.E. núm. 88, de 13 de abril de 1999).

⁸⁹ *Vid.* J. LÓPEZ MADRUGA, *BLC*, núm. 6, 1999, s/p.

⁹⁰ En definitiva, con la Comunicación de lo que se trata es de introducir cierta flexibilidad en la aplicación de las normas comunitarias de competencia cuando los acuerdos de las entidades de crédito se ajusten a los criterios de la Directiva 97/5/CE, (*vid.* CUATRECASAS Abogados, *Instructa*, núm. 9, 1995, p. 7).

La Comunicación hacía referencia únicamente a los sistemas de transferencias transfronterizas, incluidos los sistemas existentes en un único Estado miembro que procesen transferencias con otros países. Los servicios de competencia de la Comisión reconocían, no obstante, que los principios en ella expresados podían ser extrapolados a otros medios de pago —como los cheques o las tarjetas— pero teniendo en cuenta siempre las particularidades de cada sistema⁹¹.

Al examinar la cooperación entre las entidades miembros de los sistemas de pagos, la Comunicación se apoya en la conocida distinción entre convenios aplicables a la clientela (prohibidos) y acuerdos en el plano de las relaciones interbancarias (autorizables)⁹². En relación con estas últimas, de las que se ocupa este apartado del trabajo, la Comunicación diferencia claramente dos tipos de comisiones: las bilaterales y las multilaterales⁹³. Mientras que los convenios bilaterales sobre tarifas interbancarias no restringen la competencia en el sentido del artículo 81.1 del Tratado CE⁹⁴, el análisis de las comisiones interbancarias multilaterales —también denominadas tasas de intercambio— resulta más complejo por lo que la Comunicación se dedica en su mayor parte a ellas⁹⁵.

⁹¹ “Existe mucha especulación acerca de las consecuencias que tendrá la Comunicación sobre la suerte que corran las comisiones interbancarias acordadas multilateralmente en el marco de otros sistemas de pagos, como los cheques, las tarjetas o las transferencias de débito. Se puede afirmar que la cuestión clave será bastante similar a la expresada en el Proyecto de Comunicación, a saber, si los sistemas de pago afectados pueden funcionar satisfactoriamente sin la citada tasa de intercambio. Para el resto (de los sistemas) se trata de trasladar esta cuestión a la situación de hecho específica de cada caso. Realmente no se debe olvidar que el proyecto de comunicación en sí mismo es esencialmente un intento de lograr este objetivo en relación con la situación fáctica específica de las transferencias OUR” (L. GYSELEN, *EC competition policy*, s/p).

⁹² En cierta medida, la Comunicación de 1995 supone una aproximación general a las políticas de precios de los sistemas de transferencias transfronterizas, H. PIFFAUT, *L’observateur*, núm. 21, 1997.

⁹³ Sobre las comisiones exigibles a la clientela, *vid. infra* el punto 4.4.1.

⁹⁴ En efecto, nada hay que objetar, desde el punto de vista del Derecho *antitrust*, a que las entidades de crédito alcancen acuerdos sobre la remuneración de los servicios que se prestan entre ellas. *Vid.* Punto 40 de la Comunicación.

⁹⁵ Con carácter previo, cabe afirmar que se habla de comisión interbancaria multilateral —también denominada tasa de intercambio— cuando los bancos participantes en un sistema de pagos pactan con carácter previo bien la cuantía o bien el sistema para calcular el importe de las tarifas que se cobran cada vez que realizan una operación de transferencia. Para una definición de la misma pueden consultarse los

En este punto, puede afirmarse que la Comunicación de 1995 estableció las bases sobre las que se asienta la actual posición de la Comisión en torno a la aplicabilidad del artículo 81.1 CE a este tipo de tarifas. Sin embargo, los pasajes de la Comunicación dedicados al apartado 3 del artículo 81 CE están hoy superados por la actual doctrina de la Comisión en materia de exención de esta clase de comisiones⁹⁶.

3.1 Aplicabilidad del artículo 81.1 CE a las comisiones interbancarias multilaterales

La Comunicación de 1995 confirmó las reservas expresadas por la Comisión en sus decisiones individuales respecto de la tasa de intercambio⁹⁷, si bien en ella se introdujo por primera vez un razonamiento económico detallado que explicaba porqué la comisión controvertida restringía la competencia en el mercado⁹⁸. En este sentido, la Comunicación señala que la tarifa uniforme, por una parte, afecta en términos generales a la competencia en el mercado interbancario y, por otra, puede limitar la competencia tanto entre los bancos que ofrecen el mismo servicio a sus clientes (*intra-system competition*), como entre los distintos medios de pago (*inter-system competition*)⁹⁹.

trabajos de L. GYSELEN, [1996] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 330 o H. PIFFAUT, *L'observateur*, núm. 21, 1997.

⁹⁶ En efecto, el Sr. L. GYSELEN, antiguo jefe de la Unidad Servicios Financieros de la Dirección General de la Competencia, reconoce que “*La Comunicación de 1995 sobre la aplicación de las normas de competencia comunitarias a las transferencias transfronterizas contiene las primeras semillas del nuevo pensamiento de la Comisión. Tales semillas son especialmente palpables en los pasajes sobre la aplicabilidad del artículo 81.1 a las comisiones interbancarias multilaterales. Por el contrario, los pasajes relativos a la posibilidad de conceder una exención a tales comisiones en virtud del artículo 85.3 (hoy art. 81.3) siguen siendo atribuibles al viejo modo de pensar de la Comisión...*” ([1996] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 344).

⁹⁷ Vid. A. PAPPALARDO, *Le secteur bancaire*, p. 87.

⁹⁸ Vid. L. GYSELEN, *Competition Law*, p. 18-8-9. Precisamente, uno de los puntos del Proyecto de Comunicación publicado por la Comisión (DOCE núm. 322/7, de 19 de noviembre de 1995) que fue más criticado por las asociaciones bancarias y de consumidores fue el relativo al motivo por el cual se consideraba que las comisiones interbancarias multilaterales implican necesariamente una infracción del artículo 81.1 CE (vid. L. GYSELEN, *EC competition policy*, s/p).

⁹⁹ En esta exposición se siguen, básicamente, las pautas propuestas por L. GYSELEN, [1996] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 344 y ss.

En primer lugar, de acuerdo con las decisiones precedentes, la Comunicación sostiene que la tasa de intercambio restringe con carácter general la competencia en el mercado bancario¹⁰⁰. Aunque se reconoce que las entidades participantes en un sistema de pagos no se eligen entre ellos —teoría de los *partenaires* obligatorios— a juicio de la Comisión de esta idea no se desprende necesariamente que la tarifa controvertida no pueda afectar a la competencia entre bancos. Por el contrario, se afirma que subsisten posibilidades de competencia en diferentes niveles¹⁰¹. A este respecto, no debe olvidarse que, antes de convertirse en miembros del sistema, los bancos pueden negociar libremente las condiciones de su adhesión¹⁰². Además, una vez dentro del sistema, las comisiones pactadas pueden adoptar diferentes formas que den mayor o menor entrada a la competencia entre bancos¹⁰³.

En segundo término, la Comunicación señala que la comisión interbancaria multilateral puede distorsionar también la competencia dentro del sistema de transferencias en el que operan¹⁰⁴. Se entiende que la tarifa uniforme introduce siempre cierta rigidez en las relaciones de los bancos con sus clientes dado que no resulta extraño que en la práctica las entidades participantes acaben repercutiendo sobre sus clientes el importe de la tarifa homogénea¹⁰⁵. Por ello, la Comunicación sostiene que es preciso analizar las condiciones de competencia en el sistema de transferencias de que se trate. Cuando la competencia dentro del sistema es lo suficientemente intensa, es

¹⁰⁰ Vid. H. PIFFAUT/ C. WILLIAMS, *The EC law of Competition*, p. 643. Ciertamente, la Comunicación emplea en este punto una terminología muy similar a la de las decisiones individuales precedentes, pues se afirma que el efecto restrictivo se produce porque la tasa de intercambio “*limita substancialmente la libertad de los bancos de determinar individualmente sus políticas de precios*” (punto 40 de la Comunicación).

¹⁰¹ “*En general, el banco ordenante no suele seleccionar el banco del beneficiario cada vez que se da una transferencia transfronteriza. Pero ello no quiere decir que los bancos no compitan para atraer clientela: sí puede haber competencia, en varios grados y en diferentes escalas*” (punto 14 de la Comunicación).

¹⁰² Vid. L. GYSELEN, [1996] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 346.

¹⁰³ Vid. F. POMBO, [1996] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 398.

¹⁰⁴ Vid. Punto 40 de la Comunicación.

¹⁰⁵ Vid. H. PIFFAUT/ C. WILLIAMS, *The EC law of Competition*, p. 644.

posible que el efecto de la comisión sobre el precio aplicable a los clientes no sea apreciable¹⁰⁶. Sin embargo, cuando la competencia *intra-system* es limitada o nula, la tarifa interbancaria afecta a la conducta de las entidades de crédito con sus clientes, por lo que cae dentro del ámbito de la prohibición del artículo 81.1 CE¹⁰⁷.

En todo caso, la Comunicación señala que siempre que exista un acuerdo o práctica concertada entre bancos para repercutir la comisión sobre los clientes, dicha práctica es incompatible con el artículo 81.1 CE¹⁰⁸. Por ello, basta que los bancos repercutan de hecho la comisión de intercambio sobre sus clientes para que ésta restrinja la competencia *intra-system*¹⁰⁹. Es más, algunos autores estiman que cuando los bancos acuerdan repercutir sistemáticamente la tarifa a la clientela, la comisión interbancaria multilateral se convierte —en la práctica— en una tarifa aplicable a la clientela, de tal forma que no existe la posibilidad de obtener una autorización¹¹⁰.

Finalmente, el tercer tipo de efecto restrictivo de la comisión interbancaria multilateral guarda relación con el grado de competencia entre sistemas de pagos (*inter-system competition*). En términos generales, se considera que la existencia de competencia fuerte entre los distintos medios de pago, puede reducir los efectos negativos que la tarifa uniforme tiene sobre las relaciones de los bancos con sus clientes¹¹¹.

¹⁰⁶ Punto 41 de la Comunicación.

¹⁰⁷ Punto 42 de la Comunicación.

¹⁰⁸ Punto 40 de la Comunicación.

¹⁰⁹ Como señalan. H. PIFFAUT/ C. WILLIAMS (*The EC law of Competition*, p. 644) este argumento ha sido utilizado por la Comisión en dos ocasiones: 1) al denegar la prórroga de la autorización singular en el caso *Eurocheques: acuerdo de Helsinki* (vid. *supra* el punto 4.4.1 de este trabajo); y 2) al examinar la notificación del sistema de transferencias *acceptgiro* (vid. *infra* el punto 4.3.5 de este trabajo).

¹¹⁰ Vid. F. POMBO, [1996] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 398.

¹¹¹ En particular, se afirma que la existencia de viva competencia dentro del sistema puede atemperar los efectos restrictivos de la tarifa uniforme “*siempre que los sistemas que compiten no contengan también parecidas comisiones interbancarias multilaterales*” (punto 41 de la Comunicación).

3.2 Interpretación restrictiva de las condiciones de exención de la comisión interbancaria uniforme

Como se ha tenido ocasión de exponer, es preciso advertir con carácter previo que los párrafos de la Comunicación dedicados a las condiciones de exención de las tarifas interbancarias ya no representan la posición de la Comisión, dado que hoy las autoridades de competencia comunitarias se han decantado por una interpretación más flexible del artículo 81.3 CE en este ámbito.

En la Comunicación de 1995, la Comisión sostenía que únicamente se podía justificar el establecimiento de una tasa de intercambio en aquellas transferencias en las que el ordenante corre con todos los gastos de la operación. De esta manera, la preocupación por evitar duplicidades de pago constituía el principal argumento a la hora de autorizar la tarifa multilateral controvertida¹¹².

Para entender la argumentación de la Comisión, es preciso recordar que generalmente se habla de tres clases de transferencias transfronterizas: SHARE, BEN y OUR. En las transferencias SHARE el ordenante y el beneficiario comparten gastos (*share charges*); en las del tipo BEN todos los gastos corren a cargo del beneficiario; mientras que en las denominadas OUR es el ordenante quien hace frente a los gastos (*our charges*).

En la Comunicación se adoptó una posición contraria al establecimiento de comisiones interbancarias multilaterales en las transferencias de los tipos SHARE y BEN. La Comisión entendía que la tarifa uniforme en estos tipos de transferencias no podía calificarse de indispensable, pues las transferencias SHARE y BEN hacían posible

¹¹² El fenómeno de la duplicidad de gastos se producía, según se afirma en la Comunicación, “cuando el ordenante de una transferencia transfronteriza solicita hacerse cargo de todos los gastos de la misma (las transferencias llamadas OUR), y a pesar de ello un banco intermediario o el del beneficiario

por sí mismas que el banco beneficiario cobrase a su cliente todos los gastos de la operación. Por el contrario, se estimaba que la fijación uniforme de las tarifas, en determinadas condiciones, sí podía resultar necesaria para el correcto funcionamiento de las transferencias OUR. En esta clase de pagos, existía un riesgo evidente de que se produjesen situaciones de duplicidad de pagos que requerían el establecimiento de una tarifa multilateral¹¹³.

La preocupación por evitar situaciones en las que la clientela se viese obligada a pagar dos veces por el mismo servicio no era nueva pues una de las ideas fundamentales que llevó a la Comisión a oponerse a la prórroga de la exención concedida al acuerdo *Package-Deal*, fue precisamente el hecho de que las variaciones introducidas en el convenio no garantizaban la retribución del banco pagador directamente por el banco emisor sin que el cliente sufriese cargo adicional alguno¹¹⁴.

Sin embargo la Comunicación de 1995 era más estricta en este punto que las decisiones precedentes¹¹⁵, en tanto exigía que las comisiones necesarias para evitar duplicidades de gastos respetasen dos condiciones adicionales: 1) el importe de la tarifa no debía superar el coste medio real de los bancos participantes en la transferencia en calidad de beneficiarios; y 2) la tasa uniforme debía operar por defecto, de manera que permitiese a los bancos miembros negociar bilateralmente tarifas por debajo del umbral de referencia¹¹⁶.

En definitiva, la Comisión parecía optar por unas condiciones de exención de la comisión interbancaria más estrictas que en sus decisiones precedentes, pues restringía

deduce a éste último una cantidad superior a la comisión que se cobraría por una transferencia nacional" (punto 47).

¹¹³ Punto 48 de la Comunicación.

¹¹⁴ *Vid. infra* el punto IV.1.2 del presente capítulo.

¹¹⁵ *Vid.* L. GYSELEN, [1996] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 351.

¹¹⁶ *Vid.* Punto 56 de la Comunicación.

su utilización a las transferencias del tipo OUR y exigía, además, que la cuantía de las mismas guardase relación con el coste del servicio y que se tratase de una comisión por defecto. Sin embargo, como se verá a continuación, los pasajes de la Comunicación relativos al apartado 3 del artículo 81 CE no se corresponden con la interpretación del precepto que la Comisión realiza en la actualidad.

4. Casos posteriores concluidos sin decisión formal de la Comisión

Los servicios de competencia de la Comisión han tenido oportunidad de analizar los problemas de libre competencia que plantean los sistemas de pagos transfronterizos a la luz de la Comunicación 95/C 251/03. En efecto, mediante carta administrativa de compatibilidad, la autoridad de competencia cerró varios asuntos planteados en los años 1997 y 1998 con ocasión de diversos sistemas de pagos establecidos en el seno de asociaciones bancarias. Sin lugar a dudas, merece especial atención la decisión adoptada respecto del sistema de pagos creado por iniciativa del Banco Central Europeo – TARGET– y que constituye uno de los pilares sobre los que se apoya el proceso de creación del espacio monetario común.

4.1 El asunto *Asociación Bancaria del ECU* (1996)

La autoridad *antitrust* comunitaria analizó un sistema de compensación y liquidación de transacciones en euros en el caso de la *Asociación Bancaria del ECU*¹¹⁷. En particular, fueron objeto de examen las disposiciones relativas a la participación en el sistema, sin que se planteasen problemas de competencia en precios. El asunto fue cerrado mediante carta administrativa en febrero de 1997¹¹⁸ porque se consideró que el

¹¹⁷ Notificación de acuerdo, asunto núm. IV/36.061– *ECU Banking Association*, DOCE núm. C 194/4, de 5 de julio de 1996. *Vid.* la información sobre el caso que se contiene en el *XXVI Informe sobre la política de competencia [1996]*, p. 55 y 109.

¹¹⁸ *Vid.* la relación de asuntos cerrados por carta administrativa que recoge el *XXVII Informe sobre la política de competencia [1997]*, p. 175.

citado sistema, además de cumplir con las condiciones que recoge la Comunicación, constituía una fórmula de cooperación necesaria para la introducción del euro¹¹⁹.

4.2 El caso Asociación IBOS (1996)

Las normas de funcionamiento de la Asociación IBOS tenían como principal objetivo facilitar las actividades transfronterizas de sus miembros gracias a la utilización del *Interbank On-line System* (IBOS)¹²⁰. El sistema ofrece conexión en tiempo real de los sistemas informáticos y de las bases de datos de sus miembros, de forma que los bancos asociados pueden ofrecer una amplia gama común de servicios sin tener que recurrir a establecer costosas redes de sucursales en otros países. Los miembros ofrecen tanto servicios de pago como de gestión de tesorería. El sistema IBOS puede usarse también para tramitar pagos a clientes de bancos no miembros, pues cada miembro sirve de punto de acceso al sistema de compensación de su país.

Las entidades participantes fijaban libremente los precios de sus servicios, sin que el sistema contuviese ninguna comisión interbancaria multilateral. Los miembros publicaban las tarifas que aplicaban a sus clientes, con la finalidad de informar a los usuarios del precio total de las operaciones realizadas. A juicio de la Comisión, la difusión de las comisiones no entrañaba el riesgo de que el sistema se convirtiese en un mecanismo para fijar los precios aplicables a la clientela porque entendía que, en este caso, los miembros no competían entre sí por clientes, sino que lo hacían con otros

¹¹⁹ Vid. L. GYSELEN "Panel discussion", [1996] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 451 y ss.

¹²⁰ Comunicación con arreglo al apartado 3 del artículo 19 del Reglamento núm. 17 del Consejo, asunto núm. IV, 35.293, *IBOS Association*, DOCE núm. C 213/11, de 23 de julio de 1996. Vid. al respecto el *XXVI Informe sobre la política de competencia* [1996], p. 55 y 143 y ss. En el momento de la Comunicación ocho bancos pertenecían a IBOS (entre ellos, el Banco Santander). El sistema imponía condiciones de acceso restrictivas de la competencia, que fueron, sin embargo, autorizadas por la Comisión al considerar que IBOS no constituía un servicio básico (*essential facility*).

bancos y con otros sistemas. Por todo ello, el caso fue cerrado mediante el envío de una carta administrativa de compatibilidad en febrero de 1997¹²¹.

4.3 El caso *Eurogiro* (1996)

Eurogiro es una entidad especializada en la gestión mayorista de pequeñas transferencias. El sistema concede libertad a las entidades adheridas para fijar las tarifas que aplican a sus clientes. Los miembros de *Eurogiro* habían pactado inicialmente una comisión de intercambio uniforme que debía pagar el banco del remitente al del beneficiario en las transferencias urgentes. Posteriormente, decidieron por iniciativa propia retirar esta cláusula y sustituirla por un sistema de acuerdos bilaterales en los que se fija el precio a pagar en los giros rápidos. El sistema fue también objeto de una carta administrativa de compatibilidad de la Comisión¹²².

4.4 El asunto *Asociación Danesa de Bancos* (1996)

Los servicios de la Comisión examinaron un acuerdo de la Asociación Danesa de Bancos relativo a transferencias internacionales en las que intervenía un banco danés como intermediario entre el banco del ordenante (extranjero) y el banco del beneficiario en este país de destino. El pacto incluía una comisión interbancaria multilateral máxima a favor del banco intermediario cuando la transferencia en divisas extranjeras se abonaba en dicha divisa.

En virtud de la Comunicación 95/C 251/03, cabe excluir que la tasa de intercambio infrinja el artículo 81.1 CE cuando no limita la competencia de manera considerable. En opinión de la Comisión, así ocurría en el presente caso porque los giros a los que se aplicaba la tarifa uniforme únicamente representaban el 1% en cantidad o

¹²¹ Vid. XXVII Informe sobre la política de competencia [1997], p. 175.

¹²² Vid. XXVI Informe sobre la política de competencia [1996], p. 55 y 144.

valor de todas las transferencias internacionales que efectuadas en Dinamarca¹²³. Por tanto, la decisión confirmó el criterio adelantado por la Comunicación de 1995 en el sentido de que una competencia entre sistemas de pago fuerte, permitía excluir que la comisión interbancaria tuviese un efecto restrictivo sensible sobre la competencia dentro del sistema de pagos en cuestión¹²⁴.

Por otra parte, ha de señalarse que dado que la comisión interbancaria multilateral carecía de efectos restrictivos sensibles sobre la competencia, la Comisión no tuvo que pronunciarse sobre la exigencia de que el nivel de la tarifa uniforme fuese proporcional a los costes de la transferencia, tal y como establece la Comunicación de 1995¹²⁵.

4.5 El caso *TARGET* (1997)

En el año 1997, los servicios de competencia de la Comisión examinaron el sistema *TARGET* (*Trans-European Automated Real-time Gross Settlement Express Transfer*) puesto en marcha por el Banco Central Europeo y los bancos centrales de los Estados miembros. El sistema entró en funcionamiento el 4 de enero de 1999 coincidiendo con el inicio de la tercera fase de la Unión Monetaria. *TARGET* pretende, básicamente, un doble objetivo: 1) proporcionar un mecanismo fiable de liquidación bruta en tiempo real de los pagos transfronterizos y 2) responder a las necesidades de política monetaria del Sistema Europeo de Bancos Centrales¹²⁶. En efecto, una

¹²³ En efecto, hasta el 95 % de las transferencias internacionales en Dinamarca se llevaban a cabo directamente desde el banco del remitente al del beneficiario, sin la intervención de un intermediario nacional. Es más, sólo una pequeña parte de los giros internacionales que utilizaban un corresponsal danés se realizaban en moneda extranjera. Por tanto, la comisión interbancaria uniforme no se aplicaba a la inmensa mayoría de las transferencias internacionales en ese país. *Vid. XXVI Informe sobre la política de competencia* [1996], p. 55 y 145.

¹²⁴ *Vid. H. PIFFAUT/ C. WILLIAMS, The EC law of competition*, p. 644.

¹²⁵ *Vid. L. GYSELEN, [1996] Fordham Corp. L. Inst.*, p. 350.

¹²⁶ *Vid. Folleto sobre TARGET*, p. 1 y ss.

condición previa para que las empresas puedan optimizar las ventajas económicas que conlleva la introducción del euro es que los sistemas de pago estén integrados en toda la UME, al igual que ocurre en las áreas monetarias nacionales. Además, la instrumentación satisfactoria de la política monetaria del SEBC sólo es posible cuando el mercado interbancario de la UME funcione adecuadamente.

El sistema TARGET está disponible para todas las transferencias de pagos en euros entre países de la UE, incluyendo los países que no participan en la UME. El sistema procesa tanto pagos interbancarios como pagos ordenados por clientes. En diciembre de 2000, se tramitaban a través de TARGET una media diaria de 182.000 órdenes de pago, por un valor aproximado de un billón de euros¹²⁷.

El Consejo Directivo del BCE decidió la estructura de los precios de TARGET en junio de 1998. En primer término, las tarifas de TARGET se basan en el número de operaciones realizadas dentro del sistema, de forma que sean más bajas para aquellas entidades que realicen un mayor número de operaciones. La comisión –que se hace efectiva únicamente a través del banco central del país del banco ordenante– cubre los costes de tramitación y de procesamiento de la operación, con excepción del coste de comunicación entre el ordenante y su banco central nacional. En segundo lugar, cuando se efectúan transferencias por orden de un cliente, el coste de la operación debe incluir, además de la tarifa de TARGET, la comisión que los bancos participantes en la operación cobran a la clientela. El banco beneficiario puede recuperar sus costes bien a través del banco emisor o bien exigiéndoselos directamente al cliente beneficiario. En todo caso, la remuneración de los bancos participantes se realiza fuera de TARGET, pues las tarifas del sistema no se cobran directamente a la clientela¹²⁸.

¹²⁷ EL BCE informa con carácter trimestral de la evolución de TARGET. El dato citado corresponde al informe publicado en el Boletín mensual correspondiente a diciembre de 2000, p. 75*.

¹²⁸ En relación con la política de precios de TARGET *vid. Third Progress Report on the TARGET Projet*, p. 7 y ss.

Los servicios de competencia comunitarios analizaron el sistema establecido por el SEBC, a pesar de que éste no les fue notificado oficialmente. Se trata, sin duda, de una cuestión altamente política que tuvo que ser solventada a través de los contactos entre la Dirección General de Competencia de la Comisión y el Instituto Monetario Europeo (antecesor del BCE)¹²⁹. Desde la óptica del Derecho *antitrust*, TARGET plantea dos cuestiones fundamentales: 1) en qué medida el sistema puede considerarse como un instrumento de política monetaria que escapa al control del artículo 81.1; y 2) si el sistema previsto para fijar las tarifas de los pagos gestionados a través de TARGET, aunque restrictivo de la competencia, puede beneficiarse de la exención que prevé el artículo 81.3¹³⁰.

En relación con el primer punto, ya hemos visto que la Comisión parte del principio de que sólo cabe aplicar el artículo 86.2 del CE respecto de aquellas categorías de pagos en las cuales las partes implicadas desarrollaban actividades económicas. Una vez examinadas las transacciones efectuadas a través de TARGET, la Comisión concluyó que únicamente los directamente relacionados con la política monetaria, podían ser considerados como instrumentos de dicha política que escapaban del control de las normas comunitarias de competencia¹³¹.

En cuanto a la segunda cuestión planteada, dos aspectos de la política de precios de TARGET planteaban inconvenientes desde el punto de vista de la competencia. Por una parte, se discutía la legalidad de la comisión uniforme que debían pagar todos los participantes en la transacción, incluidos los clientes¹³². Por otra, los servicios de la Comisión analizaron el requisito de la recuperación de costes de conformidad con la

¹²⁹ Vid. L. GYSELEN "Panel discussion", [1996] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 452.

¹³⁰ Vid. XXVII Informe sobre la política de competencia [1997], p. 157 y ss.

¹³¹ Vid. *supra* el punto II 2.2 de este trabajo.

¹³² Vid. K. VAN MIERT (*EU Competition policy*, s/p), quien señala al respecto que "se dice que la tarifa cubre los costes de tratamiento de los pagos de un extremo a otro. En otras palabras, se trataba de una comisión aplicable a la clientela".

Comunicación de 1995. Procede, por tanto, detenerse brevemente en el análisis de estas dos cuestiones.

Por una parte, la autoridad comunitaria afirmó que la tarifa uniforme de extremo a extremo establecida por TARGET excedía notablemente las condiciones que hasta entonces había mantenido¹³³. La tarifa uniforme de TARGET cubría todos los pasos de la transferencia —desde el emisor al beneficiario— y en este sentido iba mucho más lejos que la comisión interbancaria multilateral examinada en casos precedentes, pues ésta constituía únicamente una tarifa entre los bancos intermediarios de las partes¹³⁴. A pesar de ello, la autoridad de competencia declaró que el sistema de precios de TARGET debía ser autorizado en atención a los altos fines que perseguía: 1) la gestión correcta de la política monetaria; y 2) el fomento de las políticas de reducción de riesgos. Sin duda, otro aspecto tenido en cuenta por la Comisión era la importancia de los sujetos que intervinieron en el nacimiento del sistema TARGET, esto es, el Banco Central Europeo y los bancos centrales de los Estados participantes en la Unión Monetaria Europea¹³⁵.

En definitiva, no cabe desconocer que el presente caso está estrechamente relacionado con la implantación de la moneda única y que la solución a la que se llegó constituye un acuerdo de naturaleza política. En efecto, resulta difícil de imaginar en qué situación quedaría la Tercera Fase de la UME que en aquéllos momentos se estaba gestando, si el sistema de pagos previsto por el flamante nuevo BCE fuese calificado de anticompetitivo por los servicios de la Comisión Europea¹³⁶.

¹³³ El XXVII Informe sobre la política de competencia [1997] (p. 158) lo deja bien claro: el sistema “excede con mucho lo que la Comisión ha estado dispuesta a aceptar hasta ahora en relación con los sistemas de pago”.

¹³⁴ Vid. L. GYSELEN, *Competition Law*, p. 2-67.

¹³⁵ Vid. L. GYSELEN, *Competition Law*, p. 2-67.

¹³⁶ En este sentido, no conviene perder de vista los términos utilizados por la propia Comisión en el XXVII Informe (p. 158) al referirse a las tarifas uniformes de TARGET. Después de afirmar que se trataba de un sistema más restrictivo que los aceptados hasta entonces, la Comisión se preguntaba si un sistema de precios menos rígidos hubiese sido un obstáculo real para la consecución de los elevados objetivos que justifican la exención de TARGET. En estas condiciones, y con la reserva que supone la

Por otra parte, la Comisión sostuvo que el principio de recuperación total del coste establecido por el sistema TARGET, se adecuaba a las condiciones fijadas en la Comunicación 95/C 251/03. En concreto, la autoridad de competencia estimó que dicho principio evitaba la competencia desleal entre TARGET y otros sistemas de pagos¹³⁷. Sin embargo, la Comisión se remitió a futuros estudios de la evolución del sistema que permitan contar con datos fiables que garanticen la recuperación de la totalidad de los costes de la red de transferencias¹³⁸.

En suma, el sistema TARGET recibió la aprobación de la Comisión, pero sometido a la condición de que se revisasen periódicamente las tarifas para asegurar que se cumplía el principio de recuperación de costes y, por tanto, que el sistema no competía por medios desleales con otros sistemas de pagos.

5. El asunto *Bancos holandeses: acuerdo GSA 1991* (1999)¹³⁹

En 1991 la Asociación Holandesa de Bancos (*Nederlandse Vereniging van Banken*, NVB) notificó a la Comisión un convenio, denominado *acuerdo GSA 1991*, relativo a un procedimiento común para el tratamiento de impresos de transferencia que gozaba de gran aceptación en los Países Bajos. El sistema en cuestión –denominado *acceptgiro*– se utilizaba habitualmente en pagos comerciales nacionales de carácter

poca información del caso disponible para el público, consideramos que cuando una restricción de la competencia no es indispensable para la consecución de un objetivo lícito (TARGET podría funcionar correctamente sin una tarifa uniforme), no se cumple el tercer presupuesto del artículo 81.3 CE y, por tanto, el sistema no se puede beneficiar de una exención.

¹³⁷ En los documentos oficiales sobre TARGET, se afirma que el principio de recuperación total de los costes en los que hayan incurrido los bancos centrales participantes en el sistema obedece a dos consideraciones: por un lado, asegurar la eficiencia del sistema, de forma que se logre la correcta asignación de los recursos y, por otro, evitar la competencia desleal de TARGET con otros sistemas de pagos. *Vid. First Progress Report on the TARGET Project*, p. 5 y ss.

¹³⁸ *Vid. XXVII Informe*, p. 159.

¹³⁹ Decisión de la Comisión, de 8 de septiembre de 1999, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 81 del Tratado CE, asunto núm. IV/34.010, *Nederlandse Vereniging van Banken (acuerdo GSA 1991)*, DOCE núm. L 271/28, de 21 de octubre de 1999.

periódico y obligatorio, en los que el deudor y el acreedor no estaban en contacto directo (por ejemplo, para el pago de la factura de teléfono, subscripciones, etc.)¹⁴⁰. La principal ventaja de *acceptgiro* era que el procesamiento del formulario y la transferencia se efectuaba en gran medida de manera automatizada, reduciendo así la duración temporal y el coste de su tramitación¹⁴¹.

El pacto inicialmente notificado incluía una comisión interbancaria multilateral de 0,30 florines por cada impreso de transferencia tramitado, que debía ser pagada por el banco del abono al banco del adeudo, en concepto de compensación por los gastos que soportaba este último al pasar las órdenes impresas a soporte electrónico¹⁴². Además, el *acuerdo GSA 1991* prohibía a las entidades adheridas tanto conceder ventajas particulares a sus clientes, como tramitar los pagos al margen del sistema¹⁴³.

Tras la celebración del convenio, los servicios de competencia de la Comisión recibieron diversas denuncias de importantes empresas usuarias del sistema de transferencias. Las quejas hacían referencia fundamentalmente a tres cuestiones: 1) la comisión interbancaria multilateral era un acuerdo horizontal de precios incompatible con el artículo 81.1 CE; 2) la repercusión sistemática de dicha tarifa uniforme sobre los clientes constituía una práctica concertada en el sentido del artículo 81. 1 CE; y 3) la imposición de comisiones injustificadas a los usuarios del sistema representaba un abuso de posición dominante en los términos del artículo 82 CE¹⁴⁴.

¹⁴⁰ Vid. Puntos 1, 2 y 17 de la Decisión.

¹⁴¹ Vid. Punto 16 de la Decisión.

¹⁴² La notificación se refería en realidad a una modificación de un pacto anterior, el *acuerdo GSA* de 1985. La principal innovación consistía precisamente en la introducción de esta comisión interbancaria multilateral. Vid. Punto 20 de la Decisión.

¹⁴³ Vid. Punto 23 de la Decisión.

¹⁴⁴ Vid. Punto 3 de la Decisión.

A principios de 1992 la Comisión emitió un pliego de cargos en el que se afirmaba que el *acuerdo GSA* era contrario a la libre competencia y que no reunía las condiciones para conceder una exención. Las objeciones presentadas hacían referencia a 1) el establecimiento de una comisión interbancaria fija y uniforme; 2) la prohibición de conceder ventajas singulares a determinados clientes; y 3) la interdicción de emplear un procedimiento propio de procesamiento de las transferencias al margen del sistema¹⁴⁵.

Tras las consultas que siguieron al envío del pliego de cargos, las partes resolvieron dejar sin efecto las dos últimas cláusulas controvertidas por estimar que no eran indispensables para el buen fin del sistema *acceptgiro*. Al mismo tiempo, los bancos afectados decidieron modificar las disposiciones relativas a la tasa de intercambio con el fin de adaptarse a las condiciones previstas en la Comunicación 95/C 251/03. En primer lugar, se alteraron los términos del acuerdo para indicar que la tarifa uniforme funciona como una comisión por defecto, de forma que los bancos podían negociar bilateralmente tarifas más reducidas. En segundo término, se adoptó el principio de que el importe de la comisión debía ajustarse a los costes del servicio, de tal forma que su cuantía se modificaría en caso de variación probada de dichos costes. Finalmente, se concedió a los bancos participantes la facultad de decidir libremente si repercutían o no los gastos del servicio a la clientela¹⁴⁶. Así las cosas, en 1997 la Comisión hizo pública su intención de conceder una exención al acuerdo modificado, invitando a los interesados a que le enviaran sus observaciones¹⁴⁷.

La decisión definitiva fue publicada a finales de 1999, en la que la Comisión ahondó en el razonamiento económico que le llevaba a concluir que las comisiones

¹⁴⁵ Vid. Punto 25 de la Decisión.

¹⁴⁶ Vid. Punto 27 de la Decisión.

¹⁴⁷ Vid. Comunicación con arreglo al apartado 3 del artículo 19 del reglamento núm. 17 del Consejo, caso núm. IV/34.010– *Nederlandse Vereniging van Banken (Acuerdo GSA 1991)*, DOCE núm. C 273/12, de 9 de septiembre de 1997. Al respecto vid. la crónica de R. GARCÍA GALLARDO en *DN* núm. 85, 1997, p. 28 y ss.

interbancarias multilaterales restringían la competencia. Lamentablemente, la decisión dejó sin resolver la difícil cuestión de las condiciones de exención de dichas tarifas por tratarse de una declaración negativa¹⁴⁸. En efecto, aunque se entendía que la tasa uniforme limitaba la competencia, la autoridad *antitrust* concluyó que no se cumplía el otro presupuesto del artículo 81.1 CE, es decir, la influencia de la restricción sobre el comercio de los Estados miembros. A continuación se exponen los diversos argumentos esgrimidos por la Comisión.

En primer término, la decisión señaló que la comisión interbancaria multilateral restringía la competencia libre en el mercado. Con carácter preliminar, la autoridad de competencia señaló que las relaciones entre las distintas partes que intervienen en un sistema de transferencias (deudor, acreedor, banco del deudor y banco del acreedor) debían considerarse desde el punto de vista de su interacción. Así pues, un acuerdo entre alguno de los participantes –por ejemplo, entre los bancos intervinientes– podía afectar también a las otras relaciones –por ejemplo, de los bancos con sus clientes– por lo que era preciso analizar siempre los efectos de cualquier pacto sobre el conjunto del sistema¹⁴⁹. En la Comunicación de 1995, se indicaba ya que las restricciones en el plano interbancario podían afectar igualmente al comportamiento de los bancos con su clientela. En el sistema *acceptgiro*, la Comisión concluyó que dicho efecto restrictivo tenía lugar porque los bancos repercutían sistemáticamente sobre sus clientes la comisión interbancaria que debía pagar al sistema. De este modo, la tasa de intercambio actuaba, en la práctica, como *base mínima para el establecimiento de tarifas aplicables a los clientes*¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Vid. L. GYSELEN, *Competition law*, p. 18-9.

¹⁴⁹ Vid. Puntos 43-45 de la Decisión.

¹⁵⁰ Punto 51 de la Decisión.

Aunque no existían pruebas de que los bancos hubiesen acordado repercutir sistemáticamente la tarifa uniforme sobre los clientes beneficiarios de la transferencia¹⁵¹, la Comisión estimó que dicha práctica era consecuencia directa de la existencia del *acuerdo GSA 1991* porque éste le imponía al banco acreedor un coste económico que antes no tenía. Así pues, la tarifa interbancaria establecida tenía un efecto restrictivo de la competencia en el plano banco-cliente¹⁵². Además, la Comisión sostenía que tal restricción era *sensible* a tenor de la amplia implantación del sistema *acceptgiro* y la práctica inexistencia de medios de pago alternativos¹⁵³.

Sin embargo, la autoridad de competencia concedió una declaración negativa al *acuerdo GSA 1991* porque la comisión interbancaria multilateral establecida no tenía influencia sobre el comercio entre los Estados miembros. En relación con este presupuesto de aplicación de las normas *antitrust* del Tratado CE, ha de recordarse que tradicionalmente la jurisprudencia del TJCE ha señalado que los acuerdos restrictivos que se extienden a todo el territorio de un Estado miembro, por su propia naturaleza, afectan al comercio intracomunitario porque contribuyen a reforzar las barreras nacionales dentro del mercado común¹⁵⁴. No obstante, a partir de la sentencia *Bagnasco*, cabe excluir este presupuesto en atención a las especiales condiciones del producto o servicio de que se trate¹⁵⁵.

¹⁵¹ Es más, el *acuerdo GSA 1991* expresamente daba libertad a los bancos adheridos para decidir si deseaban repercutir la comisión interbancaria multilateral sobre sus clientes. *Vid.* Punto 53 de la Decisión.

¹⁵² *Vid.* Punto 53 de la Decisión.

¹⁵³ La decisión afirmó que el único sistema relativamente alternativo de *acceptgiro* era la domiciliación permanente. *Vid.* Punto 55 de la Decisión.

¹⁵⁴ *Vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1972, asunto 8/72—*Cementhandelaren v. Comisión*, Rec. 1972, p. 977 y ss, punto 29.

¹⁵⁵ Como señalan J. FAULL/ A. NIKPAY (*The EC law of Competition*, p. 98), en virtud de la sentencia *Bagnasco*, cabe afirmar que el mero hecho de que un acuerdo se extienda a todo el territorio de un Estado miembro, no basta en sí mismo para considerar que afecta al comercio intracomunitario. *Vid. supra* el punto IV.2.4 del presente capítulo.

En el presente asunto, la Comisión estimó que el pago mediante el sistema *acceptgiro* concernía a actividades económicas que por su propia naturaleza estaban limitadas al territorio de un Estado miembro, por lo que los efectos transfronterizos de la restricción eran muy limitados¹⁵⁶. Además, la participación de bancos extranjeros en el sistema *acceptgiro* era bastante reducida y no cabía concluir que la posibilidad de ofrecer el producto desempeñase un papel importante en la decisión de entrar en el mercado de los Países Bajos¹⁵⁷. Por todo ello, la Comisión resolvió conceder una declaración negativa al *acuerdo GSA 1991* notificado por entender que no afectaba al comercio entre los Estados miembros¹⁵⁸.

Al no existir infracción del artículo 81.1 CE, la decisión no se pronunció sobre el controvertido aspecto de las condiciones de exención de las comisiones interbancarias en virtud del apartado 3 del artículo 81 CE. Sin embargo, la Comunicación previa publicada en 1997 y el *XXIX Informe sobre la Política de Competencia* permiten extraer dos conclusiones al respecto. Por una parte, la Comisión había anunciado con carácter previo su intención de conceder una exención a la tarifa uniforme controvertida¹⁵⁹. Por otra, la concesión de tal exención hubiera estado condicionada a la revisión periódica de su importe al objeto de garantizar que la comisión interbancaria guardase relación con el coste del servicio¹⁶⁰. La preocupación porque el importe de la tarifa guardase relación con el coste del servicio se debía a que *acceptgiro* apenas afrontaba competencia de otros sistemas de transferencias en el mercado de referencia¹⁶¹.

¹⁵⁶ Vid. Punto 62 de la Decisión.

¹⁵⁷ Vid. Punto 63-64 de la Decisión.

¹⁵⁸ Vid. Punto 65 de la Decisión.

¹⁵⁹ Vid. el último párrafo de la Comunicación previa y el *XXIX Informe sobre la Política de Competencia* (p. 159) en el que se afirmaba que “aunque inicialmente la Comisión había planteado objeciones a la comisión multilateral, a lo largo del proceso llegó a la convicción de que en la práctica dicha tarifa es más eficiente que la fijación bilateral de las comisiones; por tanto, la Comisión tenía intención de adoptar una posición favorable respecto de la tarifa”.

¹⁶⁰ Vid. Punto 28 de la Comunicación previa y el *XXIX Informe sobre la Política de Competencia* [1999], p. 159.

¹⁶¹ Vid. L. GYSELEN, *Competition law*, p. 18-10.

En definitiva, la decisión de la Comisión en el caso *acuerdo GSA 1991* confirmó la postura expresada por la autoridad comunitaria respecto a la aplicación del artículo 81.1 CE a la tasa de intercambio, pero no permite extraer reglas concluyentes acerca de las condiciones que debe reunir para concederle una exención.

6. Posición actual de la Comisión

A pesar de no haber adoptado ninguna decisión formal de autorización con posterioridad a la Comunicación de 1995, los servicios de competencia de la Comisión Europea han manifestado su intención de adoptar una visión más favorable respecto de las tarifas uniformes empleadas para retribuir a las entidades participantes en los distintos sistemas de pagos. Esta nueva actitud se concreta en la interpretación más flexible de las condiciones de exención previstas en el artículo 81.3 CE¹⁶².

Con carácter general, la doctrina actual de la Comisión considera que las comisiones interbancarias multilaterales restringen la competencia de manera sensible en el mercado. Por tanto, cuando dicha tarifa uniforme afecta al comercio entre los Estados miembros, resulta incompatible con el artículo 81.1 CE. Sin embargo, en determinadas condiciones, se estima que la tasa de intercambio representa una restricción de la competencia *indispensable* o *necesaria* para el correcto funcionamiento de los sistemas de pagos.

La postura adoptada hoy por la Comisión Europea coincide, en términos generales, con las ideas expresadas por la jurisprudencia norteamericana analizada en

¹⁶² La nueva política de la Comisión fue anunciada por primera vez en octubre de 1996 por el Sr. Gyselen, entonces jefe de la Unidad *Servicios Financieros* de la Dirección General de Competencia de la Comisión, en el marco de una conferencia pronunciada en la reunión anual que organiza la universidad de Fordham, Nueva York (L. GYSELEN, [1996] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 329 y ss.). Posteriormente, este punto de vista fue confirmado por otros relevantes miembros de la Unidad (vid. M. NEGENMAN, *EU anti-trust law*, s/p) y por el anterior Comisario de la Competencia, Karel Van Miert (vid. K. VAN MIERT, *EU competition policy*, s/p).

otro apartado de este trabajo. Básicamente, se entiende que la tasa de intercambio, aunque restringe la competencia, en determinadas circunstancias constituye una limitación *razonable* de la competencia que, en el Derecho comunitario, se puede beneficiar de una autorización *ex* artículo 81.3 CE. Además, a ambos lados del Atlántico se considera que los aspectos más controvertidos a la hora de examinar este sistema de retribución uniforme se refieren a su carácter *indispensable* o *necesario*, así como a la posibilidad de que existan alternativas menos restrictivas de la competencia.

Pese a la coincidencia inicial acerca de los principios que han de guiar la aplicación de las normas *antitrust* a la tarifa uniforme, existe una diferencia significativa entre ambos sistemas, que entendemos constituye también la principal crítica que se puede hacer a la política comunitaria en la materia. Como se ha señalado al examinar la situación norteamericana, en aquél país tanto la jurisprudencia como la doctrina analizan separadamente la realidad competitiva de los distintos medios de pago, hasta el punto que sus conclusiones difieren substancialmente según el sistema de que se trate (especialmente tarjetas de crédito y cajeros automáticos).

Sin embargo, la actividad de la Comisión Europea en relación con los sistemas de pagos en la Comunidad ha sido un tanto errante y no se adapta convenientemente a las particularidades del concreto medio de pago de que se trate. En este sentido, resulta significativo que las dos decisiones formales más importantes de la Comisión hayan tenido por objeto el estudio de un particular sistema de pagos –los cheques de viaje– cuya trascendencia económica no se corresponde con la atención prestada¹⁶³. Posteriormente, la Comisión ha ido aumentando de manera progresiva su ámbito material de actuación, como lo demuestra la publicación de su Comunicación de 1995 sobre sistemas de pagos transfronterizos, los cuales constituyen una pieza esencial para

¹⁶³ Es más, las entidades de crédito participantes en el sistema de cheques de viaje examinado por la Comisión –Eurocheque– han decidido retirarlos del mercado en el año 2002 ante el auge que han experimentado otros medios de pagos alternativos como las tarjetas de crédito y de débito, *vid. Expansión* de miércoles 16 de junio de 1999, p. 26.

el proceso de integración económica y monetaria que está experimentando la Unión Europea. Además, más recientemente los servicios de competencia comunitarios se han pronunciado de manera informal sobre el sistema de retribución uniforme empleado por Visa Internacional, por lo que también existe una doctrina incipiente en materia de redes de tarjetas de crédito.

En todo caso, a pesar de que lentamente la Comisión va ampliando su campo de actuación, en nuestra opinión todavía no existe un análisis serio y riguroso de las particularidades de cada medio de pago y de su relevancia a la hora de aplicar el Derecho *antitrust*. Y esta omisión es significativa pues, como se ha adelantado, en la doctrina norteamericana el examen de la tasa de intercambio está condicionado por el sistema de pagos de que se trate. Mientras que en el caso de las tarjetas tal comisión puede aceptarse con matices, si se trata de cajeros automáticos debe descartarse dicho instrumento porque existe una alternativa viable menos restrictiva, los recargos.

Realizadas estas consideraciones previas, pasamos a exponer la doctrina actual de la Comisión Europea acerca de las condiciones de exención de la comisión interbancaria homogénea, las cuales constituyen el aspecto de la política de las autoridades comunitarias que ha experimentado cambios más significativos¹⁶⁴.

6.1 Condiciones de exención de la comisión interbancaria

Como se ha dicho, con posterioridad a la publicación de la Comunicación de 1995, los servicios de competencia comunitarios adoptaron una visión más favorable acerca de la exención de las comisiones pactadas multilateralmente por los bancos miembros de un sistema de pagos, aunque hasta la fecha no hayan adoptado ninguna decisión formal al respecto. La nueva política de la Comisión se manifiesta en una

¹⁶⁴ Vid. H. PIFFAUT/ C. WILLIAMS, *The EC law of competition*, p. 644.

interpretación más laxa de las condiciones tercera y cuarta del artículo 81.3 CE, frente a la postura que se mantenía en la Comunicación 95/C 251/03.

En efecto, la actual doctrina comunitaria estima que la tasa de intercambio puede considerarse *indispensable* para el correcto funcionamiento de todos los sistemas de transferencias transfronterizas y no sólo en las transacciones del tipo OUR. El razonamiento de la Comisión parte de un triple presupuesto¹⁶⁵. En primer lugar, los bancos han de ser libres para decidir a quién corresponde pagar los gastos de las transacciones realizadas dentro de un sistema de pagos; por tanto, las entidades de crédito podrán acordar una tarifa uniforme, con independencia del tipo de transferencia de que se trate (OUR, SHARE o BEN). En segundo término, el establecimiento de una comisión multilateral es el medio menos costoso y más eficiente para repartir los costes de las operaciones; la alternativa de la negociación bilateral entre los bancos implica costes de transacción más elevados. Finalmente, aunque se reconoce que algunas clases de tasas de intercambio son más restrictivas que otras, la Comisión considera que en el momento presente no cuenta con datos económicos suficientes para determinar qué tipo de tarifa uniforme es el más eficiente; en estas condiciones, sólo cabe afirmar que todas estas tarifas cumplen el requisito de indispensabilidad establecido en el artículo 81.3 CE¹⁶⁶.

En relación con el presupuesto de la *no eliminación de la competencia* en el mercado, se estima que la idea principal consiste en evitar que la comisión interbancaria afecte al comportamiento de los bancos con su clientela. La solución a este punto depende del grado de competencia que existe entre el medio de pago que establece la tasa uniforme y el resto de los sistemas.

¹⁶⁵ Vid. L. GYSELEN, [1996] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 352-53.

¹⁶⁶ Como señalan H. PIFFAUT y C. WILLIAMS (*The EC law of competition*, p. 645), en la actualidad cabe afirmar que cualquier clase de comisión interbancaria multilateral cumple el requisito de indispensabilidad que recoge el artículo 81.3 CE. Ello es debido a que la Comisión considera que las distintas clases de comisiones uniformes constituyen un medio legítimo de repartir los costes de las transferencias. Vid. K. VAN MIERT, *EC competition policy*, s/p.

Así pues, en primer lugar se considera que cuando existe una competencia entre sistemas fuerte, es poco probable que los bancos cobren a sus clientes comisiones excesivas. En estas condiciones, la comisión interbancaria multilateral no elimina substancialmente las posibilidades de competencia en el mercado¹⁶⁷.

En segundo término, cuando la competencia entre sistemas es débil, es necesario adoptar algunas precauciones al objeto de garantizar que la tasa de intercambio no afecte al proceder de los bancos con su clientela. En el plano de las relaciones interbancarias, se exige que la comisión uniforme sea una tarifa por defecto (que permita la negociación bilateral entre las entidades miembro) y que los bancos puedan adherirse libremente a otros sistemas de pago¹⁶⁸. Por otro lado, en el plano banco-cliente, es preciso garantizar que la existencia y cuantía de la tarifa multilateral sea conocida por la clientela, pues la transparencia informativa refuerza la posición negociadora del cliente frente a la entidad de crédito¹⁶⁹.

Finalmente, cuando el sistema no se enfrenta a competencia substancial de otros medios de pago, cabe imponer algunos requisitos adicionales para asegurar que la tasa controvertida se mantenga en un nivel razonable. Por una parte, los bancos miembros han de renegociar periódicamente el importe de la comisión con el fin de adaptarlo a los costes de la operación¹⁷⁰. Por otra, se debe evitar establecer una comisión uniforme en operaciones de pago dentro del propio banco, porque en estos casos las dos partes de la transacción son clientes del mismo; la existencia de una tarifa interbancaria multilateral

¹⁶⁷ Vid. L. GYSELEN, [1996] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 353.

¹⁶⁸ Se considera que una competencia más intensa en el plano interbancario, en cierta medida, hace más difícil que las entidades repercutan sistemáticamente la tarifa uniforme sobre su clientela. Vid. L. GYSELEN, [1996] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 353.

¹⁶⁹ Vid. L. GYSELEN, [1996] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 353.

¹⁷⁰ "Cuando un sistema de pagos no se enfrenta a ninguna competencia, el importe de la comisión de intercambio uniforme debe fijarse de manera objetiva y revisarse periódicamente", H. PIFFAUT/ C. WILLIAMS, *The EC law of competition*, p. 645.

en estas circunstancias impediría que la entidad pudiese ofrecer a sus clientes condiciones más favorables en las operaciones que se realizan dentro del banco¹⁷¹.

En síntesis, la nueva perspectiva adoptada por los servicios de la Comisión permite hoy autorizar las comisiones de intercambio establecidas en toda clase de transferencias (no sólo las del tipo OUR), al tiempo que se adoptan determinados requisitos complementarios para garantizar que se mantiene una cierta competencia en el plano de las relaciones de los bancos con su clientela. Es importante señalar que la Comisión ya no impone a los bancos la pesada carga de demostrar que la comisión guarda relación con los costes del servicio –como hacía la Comunicación de 1995– pues ello obligaría a las autoridades de competencia a revisar continuamente los precios de las transferencias, convirtiendo a la Comisión en una especie de autoridad reguladora de los precios del mercado¹⁷².

No obstante, la actual política de la Comisión que acabamos de describir no debe llevar a pensar que hoy las comisiones interbancarias uniformes se benefician automáticamente de una autorización en virtud del artículo 81.3 del Tratado. El desarrollo de la reciente investigación sobre las normas de retribución interna de Visa Internacional pone de relieve que las tasas de intercambio únicamente pueden autorizarse cuando se ajustan a los parámetros señalados por la autoridad *antitrust*. Aunque finalmente Visa obtuvo la aprobación de las autoridades de competencia, el proceso se había iniciado con el envío de un pliego de cargos en el que se afirmaba que la tarifa interbancaria restringía la competencia y que Visa no había alegado ningún motivo que permitiese concluir que se cumplían las condiciones de exención del artículo 81.3 CE. En particular, los servicios de competencia ponían especial énfasis en el tercer requisito del mencionado precepto, pues entendían que no había sido acreditado el carácter necesario o indispensable de la restricción. Además, la comunicación indicaba

¹⁷¹ Vid. L. GYSELEN, [1996] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 354.

¹⁷² Vid. H. PIFFAUT/ C. WILLIAMS, *The EC law of competition*, p. 646.

que, en la práctica, las entidades de crédito repercutían sistemáticamente la tasa de intercambio sobre sus clientes¹⁷³.

La Comisión anunció finalmente en agosto de 2001 su intención de autorizar la tasa de intercambio, pero sólo después de que Visa Internacional aceptase modificar las normas que guiaban el establecimiento de la misma. En particular, los cambios introducidos hacían referencia al establecimiento de criterios objetivos para fijar el importe de la tasa, la reducción general de las comisiones y el aumento de la transparencia a la hora de determinar las categorías de costes a las que pertenecen cada uno de los establecimientos comerciales adheridos¹⁷⁴.

En definitiva, como habíamos adelantado, entendemos que la política comunitaria acerca de las condiciones de exención de la tasa de intercambio presenta notables similitudes con la doctrina emanada de los tribunales y autores norteamericanos examinada en el capítulo segundo del presente trabajo.

En primer término, las cautelas exigidas por la Comisión cuando no existe una competencia fuerte entre sistemas, coinciden con los presupuestos examinados por el Undécimo Circuito en el caso *Nabanco* para estimar que la comisión uniforme era una restricción necesaria para el funcionamiento de la red. Por una parte, se exige que la tarifa uniforme opere por defecto, es decir, únicamente en aquellos supuestos en los que las partes no hayan decidido negociar bilateralmente las condiciones de la operación. Por otra, ha de garantizarse que se trata de una tarifa objetiva que se ajusta al coste de prestar el servicio, de manera que el precio establecido colectivamente no pueda utilizarse en detrimento de algunos miembros de la red o de los propios clientes.

¹⁷³ Vid. Nota de Prensa IP/00/1164, de 16 de octubre de 2000.

¹⁷⁴ Vid. Nota de Prensa IP/01/1198, de 10 de agosto de 2001.

En segundo término, como en el caso norteamericano, el debate sobre el carácter indispensable o necesario de la tasa de intercambio uniforme constituye uno de los aspectos más delicados a la hora de enjuiciar la legalidad *antitrust* de esta práctica bancaria. Sin embargo, ni en los Estados Unidos ni en la Unión Europea se puede afirmar categóricamente que se trate de una cuestión definitivamente resuelta, como así lo evidencia tanto la controversia existente entre los autores norteamericanos, como la reciente investigación abierta por la Comisión contra Visa Internacional en la que, por primera vez, formalmente se puso en tela de juicio el carácter indispensable de la restricción¹⁷⁵.

Por último, siguiendo con el paralelismo descrito, otro punto controvertido en el análisis de la tasa de intercambio por las autoridades tanto norteamericanas como comunitarias, es el de la existencia de alternativas menos restrictivas de la competencia. Esta cuestión obliga a considerar la legalidad de las normas internas de los medios de pagos que prohíben a sus miembros discriminar entre los distintos sistemas, como a continuación se expone.

6.2 Alternativas menos restrictivas de la competencia: la *regla de no-discriminación*

En el plano comunitario, se entiende que la *regla de no-discriminación* es un principio interno establecido por numerosos sistemas de pago que prohíbe a sus miembros imponer recargos a los clientes que los utilicen. En el caso de las redes de tarjetas de crédito, esta norma impide a los establecimientos comerciales realizar descuentos o cobrar recargos a los clientes que empleen otros medios de pago. Si se trata de cajeros automáticos, la cláusula —que en los Estados Unidos se conoce como *prohibición de recargos*— implica que los propietarios de los terminales no pueden

¹⁷⁵ En este punto, tal vez la actuación de la Comisión no sea sino un adelanto de futuras actuaciones *antitrust* en los Estados Unidos. Al menos así lo reclaman relevantes autores en aquel país, quienes critican que se apliquen los principios jurídicos establecidos por un caso de la década de los ochenta, a la realidad bancaria del siglo XXI. Vid. D. BALTO, *Am. Banker*, 9 de marzo de 2000, s/p.

imponer un sobreprecio a quienes retiran dinero en los mismos¹⁷⁶. Aunque tradicionalmente la Comisión se había mostrado partidaria de vedar estas normas internas en todos los medios de pago, en la actualidad se ha decantado por no intervenir al respecto. A continuación se exponen brevemente los distintos argumentos esgrimidos por las autoridades comunitarias acerca de la regla de no-discriminación.

En 1993 los servicios de competencia comunitarios expresaron sus reservas sobre la regla de no-discriminación que formaba parte de un acuerdo notificado por cuatro empresas petrolíferas al objeto de hacer posible la utilización indistinta de sus respectivas tarjetas de pago en las estaciones de servicio que tenían en Europa¹⁷⁷. Inicialmente, el pacto contenía, entre otras, una cláusula que prohibía a las estaciones de servicio imponer recargos a los transportistas que realizasen sus pagos con tarjeta. El acuerdo de cooperación fue finalmente autorizado por la autoridad *antitrust*, pero sólo después de que las partes decidiesen voluntariamente dejar sin efecto dicha estipulación¹⁷⁸.

En aquellas fechas, la Comisión también remitió una carta a la autoridad de competencia holandesa manifestándole su opinión de que la regla de no-discriminación no reunía las condiciones exigidas por el apartado 3 del artículo 81 CE para conceder una autorización. Así las cosas, los servicios de competencia holandeses prohibieron esta regla que había sido establecida por diversas redes de tarjetas de crédito en aquel país. Poco tiempo después, las autoridades de competencia del Reino Unido y de Suecia adoptaron decisiones similares. Por el contrario, ha de señalarse que las autoridades

¹⁷⁶ Vid., por todos, L. GYSELEN, *Antitrust between EC law and national law*, p. 444-45.

¹⁷⁷ Por tanto, el convenio facilitaba la aceptación recíproca de las tarjetas comerciales emitidas por cada una de las compañías participantes. Vid. *XXIII Informe sobre la política de competencia [1993]*, p. 487.

¹⁷⁸ La Comisión afirma que es importante garantizar que "los distribuidores puedan determinar libremente si los costes adicionales derivados del pago mediante tarjeta deben correr a cargo de los clientes", *XXIII Informe sobre la política de competencia [1993]*, p. 487.

francesas concedieron una autorización a la citada cláusula por entender que su eliminación podría comprometer la implantación de las redes de tarjetas¹⁷⁹.

Unos años más tarde, el eurodiputado Sr. Fourçans planteó varias preguntas escritas a la Comisión en las que se cuestionaba la conveniencia de prohibir la regla de no-discriminación porque ello podría poner en peligro la utilización generalizada de los medios de pago electrónicos en la Comunidad¹⁸⁰. En su respuesta, la autoridad de competencia se limitó a afirmar que, en aquel momento, no había tomado una decisión definitiva sobre la legalidad *antitrust* de la regla controvertida y que había entablado contactos con la industria bancaria para llegar a una solución concluyente¹⁸¹.

Tras esta época de reflexión, relevantes miembros de la Dirección General de Competencia manifestaron públicamente que la Comisión tenía intención de prohibir la regla de no-discriminación. Ciertamente, entre los años 1997 y 1999, los servicios de competencia expresaron su convicción de que la citada norma restringía la competencia en el sentido del artículo 81.1 CE y que no reunía las condiciones necesarias para concederle una exención¹⁸².

Básicamente, se entendía que la regla de no-discriminación infringía el apartado 1 del artículo 81 del Tratado porque restringía tanto la competencia dentro del sistema como la competencia entre sistemas de pagos. La posibilidad de que los comerciantes repercutiesen sobre sus clientes las comisiones vinculadas al pago con tarjetas, constituía un poderoso incentivo para que los bancos se abstuviesen de cobrar a los

¹⁷⁹ Vid. L. GYSELEN, [1996] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 355.

¹⁸⁰ Vid. Preguntas Escritas E-1338/97, E-1339/97, E-1340/97, E-1341/97, E-1342/97, E-1343/97 y E-1344/97, DOCE núm. C 21, de 22 de enero de 1998, p. 45-46.

¹⁸¹ Vid. Respuesta del Sr. Van Miert en nombre de la Comisión, DOCE núm. C 21, de 22 de enero de 1998, p. 46.

¹⁸² Vid. L. GYSELEN, *Competition law*, p. 18-10-11 y ss.; *Antitrust between EC Law and National Law*, p. 444 y ss.; y [1996] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 354 y ss.; H. PIFFAUT/ C. WILLIAMS, *The EC law of competition*, p. 649 y ss.; y M. NEGENMAN, *EU anti-trust law*, s/p.

establecimientos minoristas tarifas excesivas. Por ello, se consideraba que la eliminación de la regla controvertida reforzaría la posición negociadora de los comerciantes adheridos a la red de tarjetas (competencia *intra-system*), al tiempo que fomentaría la rivalidad en materia de precios entre los distintos medios de pagos con el fin de hacerlos más atractivos para los comerciantes y los consumidores finales (competencia *inter-system*)¹⁸³.

Además, la postura de las autoridades de competencia excluía que la regla de la no-discriminación pudiese beneficiarse de una autorización en virtud del artículo 81.3 CE. Tradicionalmente quienes defienden las virtudes de dicha cláusula señalan que ésta 1) protege a los consumidores porque conocen por adelantado los costes de los distintos medios de pago y 2) impide que los comerciantes abusen de su libertad cobrando recargos excesivos a quienes pagan con tarjeta. La Comisión, no obstante, consideraba que tales argumentos no bastaban para autorizar dicha práctica bancaria. Por una parte, existían alternativas menos restrictivas de la competencia que igualmente garantizaban que los consumidores realizasen su elección entre los medios de pago de manera informada; señaladamente, cumplían esta misión las normas sobre publicidad de tipos, comisiones y gastos. Por otra, era posible hacer frente a posibles abusos de los comerciantes mediante la imposición de límites máximos de la cuantía de los recargos (por ejemplo, cabía exigir a los comerciantes que los recargos no superasen el importe de la comisión que abonaban al banco por sus servicios)¹⁸⁴.

¹⁸³ En esta línea, L. GYSELEN (*Competition law*, p. 18-11) pone de relieve que existe una íntima relación entre la tasa de intercambio y la cuestión de la regla de la no-discriminación. Como se ha visto, existe el riesgo de que los bancos repercutan sistemáticamente la comisión interbancaria sobre sus clientes, es decir, sobre los comerciantes. Si éstos últimos pueden, a su vez, trasladar la comisión a su clientela (el consumidor final), entonces los bancos tratarán de reducir sus tarifas para evitar que los consumidores dejen de utilizar un determinado medio de pago debido a los costes que acarrea. En definitiva, “la eliminación de la regla de la no-discriminación permite a los comerciantes corregir cualquier error en la asignación de los costes derivada de la comisión interbancaria multilateral”.

¹⁸⁴ Vid. M. NEGENMAN, *EU anti-trust law*, s/p.

En definitiva, todo parecía indicar que los servicios de competencia habían manifestado su firme oposición a la regla de la no-discriminación. Esta negativa opinión también se ponía de manifiesto al hablar de la prohibición de recargos en los cajeros automáticos. Efectivamente, se consideraba que dicha norma constituía un acuerdo horizontal para fijar el precio de un servicio –aunque se tratase de un pacto para cobrar una tarifa igual a cero¹⁸⁵–cuyos efectos serían más restrictivos de la competencia que en el caso de las tarjetas, por tratarse de una relación tripartita¹⁸⁶.

Sin embargo, en octubre de 2000 la Comisión anunció un radical cambio de postura respecto de la norma de no-discriminación al examinar la reglamentación interna notificada en el curso de una investigación sobre Visa Internacional. Con apoyo en los estudios realizados en los Estados miembros que anteriormente habían decidido prohibir dicha norma, la autoridad de competencia comunitaria sostiene ahora que la eliminación de la controvertida regla no impulsaría la competencia en el mercado de tarjetas de crédito de manera substancial¹⁸⁷. En síntesis, se considera que la supresión de la norma no ha tenido efectos prácticos para la competencia interbancaria en aquellos países que la han llevado a cabo porque los establecimientos comerciales, en la práctica, suelen abstenerse de cobrar recargos a los titulares de tarjetas¹⁸⁸. Aunque las dudas sobre la virtualidad práctica de una eventual prohibición de la regla controvertida no constituyen una novedad¹⁸⁹, esta es la primera vez que la Comisión afirma que ello podría dar lugar a que los servicios de competencia no se opusieran a la regla de no-discriminación.

¹⁸⁵ Vid. L. GYSELEN, [1996] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 356.

¹⁸⁶ Vid. H. PIFFAUT/ C. WILLIAMS, *The EC law of competition*, p. 651.

¹⁸⁷ Vid. Nota de Prensa IP/00/1164, de 16 de octubre de 2000.

¹⁸⁸ La Comisión basa sus conclusiones en dos estudios independientes sobre los efectos de la prohibición de la regla de no-discriminación en las tarjetas Visa y Eurocard/Mastercard de Holanda y Suecia disponibles en el *web site* de la Comisión. Vid. Nota de Prensa IP/00/1164, de 16 de octubre de 2000.

¹⁸⁹ Vid. L. GYSELEN, *Competition law*, p. 18-10-11.

Una vez más, es conviene traer a colación los trabajos de relevantes autores norteamericanos quienes, sin negar la bondad teórica de tal medida, afirmaban que la eliminación de la regla de no-discriminación no tendría gran virtualidad práctica porque subsisten importantes barreras –principalmente el aumento de los costes de transacción– que impiden a los comerciantes repercutir a la clientela los costes extras generados por la utilización de la tarjetas de crédito. Por lo tanto, entendemos que la posibilidad de prohibir la regla de no-discriminación ha de ser estudiada caso por caso, sin que puedan extraerse conclusiones concluyentes al respecto cuando se trata de tarjetas de crédito¹⁹⁰.

No es ese el caso de las redes de cajeros en las que, a pesar de la inmensa polémica al respecto, consideramos que la aplicación de recargos constituye una alternativa más respetuosa del libre mercado que la comisión de intercambio uniforme. Lamentablemente, esta cuestión no ha sido examinada formalmente por la Comisión Europea, tal vez porque se trata de un medio de pago altamente descentralizado en la Comunidad, lo cual contrasta con la situación en los Estados Unidos donde existe una creciente preocupación acerca del tamaño de algunas redes de cajeros regionales¹⁹¹.

¹⁹⁰ Vid. A. FRANKEL (*Antitrust L. J.*, vol. 66, 1998, p. 348) quien sostiene que “*Luc Gyselen propone la supresión de la regla de no-discriminación (...) Dicha propuesta, aunque en principio es correcta, puede tener escasos efectos prácticos cuando los emisores de tarjetas de crédito no compiten agresivamente a la hora de fijar el importe de la comisión de intercambio*”.

¹⁹¹ Vid., por todos, M. GUERIN-CALVERT, *Antitrust Bull.*, vol. 41, 1996, p. 289 y ss.

IV. PACTOS SOBRE PRECIOS BANCARIOS QUE DEBE ABONAR LA CLIENTELA

Como se ha tenido ocasión de exponer, desde la decisión *Eurocheques: acuerdo Package-Deal* la Comisión ha mantenido una doctrina constante en materia de precios bancarios, partiendo de la distinción categórica entre acuerdos relativos a las relaciones interbancarias y aquéllos que afectan al comportamiento de las entidades con sus clientes. Mientras que los primeros pueden ser autorizados si se dan ciertas condiciones, los acuerdos sobre precios que ha de abonar la clientela están prohibidos y no pueden beneficiarse de una autorización¹⁹².

Los pactos sobre precios que debe pagar la clientela tradicionalmente han sido examinados de manera diferente según se trate de acuerdos sobre comisiones o tipos de interés. En relación con las primeras, desde la sentencia *Züchner* la Comisión ha mantenido una actitud persistente y decidida para prevenir los cárteles bancarios en materia de comisiones. Por el contrario, la política de la autoridad comunitaria frente a los acuerdos sobre tipos de interés estuvo muchos años condicionada por la relación que éstos guardaban con las políticas monetarias de los Estados miembros. A continuación se exponen separadamente las dos clases de pactos citados¹⁹³.

1. Comisiones

1.1 Decisiones de la Comisión en la década de los ochenta

En los años posteriores a la decisión *Eurocheques: acuerdo Package-Deal*, la Comisión examinó diversos acuerdos adoptados en el seno de asociaciones bancarias de algunos Estados miembros, expresando reiteradamente su intención de prohibir

¹⁹² Vid. *supra* los puntos II y III del presente capítulo.

¹⁹³ Vid. *supra* el punto I.2 del presente capítulo.

cualquier pacto sobre precios que afectase a las relaciones de las entidades adheridas con sus clientes. Por ello, las asociaciones afectadas decidieron voluntariamente dejar sin efecto todos los convenios sobre los tarifas a cobrar a la clientela, sin que fuese necesario adoptar una decisión formal al respecto.

En la decisión *Comité Permanente de Bancos Irlandeses*¹⁹⁴, la asociación bancaria nacional decidió suprimir diversos acuerdos que hacían referencia a tipos de interés comunes y comisiones uniformes, tras los contactos mantenidos con los servicios de competencia comunitarios¹⁹⁵. En relación con estas últimas, cabe afirmar que la decisión de renunciar voluntariamente a los convenios sobre comisiones por los servicios prestados a la clientela se explicaba por la *doctrina eurocheques* y representaba, al menos indirectamente, la primera confirmación de la misma. Ciertamente, la finalización voluntaria de los citados acuerdos era coherente con la tesis mantenida por la Comisión en el sentido de que los acuerdos sobre tasas aplicables a los clientes no podrían obtener el beneficio de una autorización¹⁹⁶.

En el caso de la *Asociación Belga de Bancos*¹⁹⁷, la entidad también decidió renunciar a los acuerdos respecto de los cuales la Comisión le había presentado objeciones¹⁹⁸. En concreto, los acuerdos abandonados se ocupaban de las siguientes materias: 1) cobro de cheques y efectos; 2) cobro de efectos en francos belgas en Bélgica; 3) derechos de custodia de títulos en depósito al descubierto; 4) alquiler de cajas fuertes; 5) cumplimiento de los convenios de carácter profesional ya celebrados o por celebrar entre los Bancos que ejerzan su actividad en Bélgica; 6) competencia entre

¹⁹⁴ Vid. *supra* el punto III.1.1 del presente capítulo.

¹⁹⁵ Para una descripción de los acuerdos abandonados por el IBSC *vid.* la Comunicación con arreglo al apartado 3 del artículo 19 del reglamento núm. 17 relativa al asunto núm. IV/31.362, *Comité Permanente de los bancos irlandeses*, DOCE núm. C 143/4, de 10 de junio de 1986.

¹⁹⁶ Vid. A. VAN DER BEEK, *RIDE*, núm. 1, 1992, p. 44.

¹⁹⁷ Vid. *supra* el punto III.1.2 del presente capítulo.

¹⁹⁸ J. PARDON (*RDAI*, núm. 1, 1990, p. 126) señala que la decisión de renunciar a los citados acuerdos fue tomada sin dificultad ya que muchos de ellos apenas se aplicaban en la práctica.

bancos; 7) condiciones aplicables a los Bancos y banqueros establecidos en el extranjero; y 8) respeto de los convenios y acuerdos interbancarios. Todos ellos tenían en común que fijaban las comisiones aplicables a los clientes¹⁹⁹ y por tanto –de acuerdo con la *doctrina eurocheque*– no cumplían las condiciones que el párrafo 3 del artículo 81 CE exige para conceder una exención²⁰⁰.

En el asunto *Asociación Bancaria Italiana*²⁰¹, la Comisión igualmente anunció su intención de denegar la autorización a ciertos convenios, que fueron seguidamente abandonados por la ABI²⁰². En particular, tales acuerdos versaban sobre las materias siguientes: 1) percepción de una comisión por la negociación y cobro de cheques turísticos en divisas extranjeras; 2) acuerdo interbancario sobre las condiciones generales en las comisiones mínimas que debían aplicarse a los clientes; 3) indicaciones en materia de comisiones relativas a solicitudes de datos de contabilidad; 4) tarifas que debían abonar los bancos extranjeros por las informaciones suministradas para realizar una intervención de cuentas; 5) derechos a pagar por los clientes a resultas de la gestión de los Bonos Oficiales del Tesoro. Casi todos ellos tenían en común que establecían las comisiones mínimas a pagar por los clientes a cambio de determinados servicios bancarios²⁰³.

Finalmente, en el caso de los *Bancos Holandeses*²⁰⁴ las partes igualmente dieron por terminados diversos convenios después de que la Comisión les enviase un pliego de

¹⁹⁹ Vid. Punto 18 de la Decisión.

²⁰⁰ Vid. M. DASSESE/ S. ISAACS, *JIBL*, 1988, p. 112; J. PARDON, *RDAI*, núm. 1, 1990, p. 126; y J. BIANCARELLI, *Gaz. Pal.*, 1991, p. 251.

²⁰¹ Vid. *supra* el punto III.1.3 del presente capítulo.

²⁰² Vid. Puntos 14 y 15 de la Decisión.

²⁰³ Vid. P. MAESTRE CASAS, *Aplicabilidad del Derecho de la competencia*, p. 134 y ss.

²⁰⁴ Vid. *supra* el punto III.2 del presente capítulo.

cargos a principios de 1987²⁰⁵. Los acuerdos retirados establecían comisiones mínimas para numerosos servicios: 1) diversos servicios en las transferencias de pagos; 2) determinadas operaciones en los pagos en el interior; 3) eurocheques y otros cheques garantizados; 4) operaciones con billetes de banco extranjeros y cheques de viaje; 5) transferencias de pagos con el extranjero; 6) servicios en el campo de los créditos bancarios; 7) servicios en el ámbito de los cambios y pagarés; 8) provisión de diversos tipos de garantías; 9) servicios de cobro; 10) servicios diversos como custodia de valores o información sobre asuntos bancarios; y 11) créditos privados. Además, un convenio incluía una fecha de valor respecto al día que había de tenerse en cuenta para el cálculo de los intereses. Por último, otro acuerdo señalaba los tipos de cambio y márgenes mínimos para operaciones con divisas²⁰⁶.

En suma, los casos que se acaban de exponer ponen de manifiesto la actitud decidida de la Comisión dirigida a impedir cualquier acuerdo interbancario que restringiese la libertad de las entidades para fijar el precio de los servicios que prestaban a sus clientes. Algunos autores han criticado la benevolencia mostrada por los servicios de competencia en este estadio inicial, pues entienden que las asociaciones bancarias investigadas deberían haber sido sancionadas por haber incurrido durante años en pactos de fijación de precios²⁰⁷. Habida cuenta que se trataba de sus primeras decisiones formales en el sector, la autoridad de competencia se inclinó, en su lugar, por una salida dialogada al permitir que los bancos abandonasen voluntariamente los acuerdos ilegales sin imponerles ninguna sanción. Como se verá a continuación, la Comisión puso fin a la opción por la negociación en su decisión de 1992 con ocasión de un acuerdo adoptado en el seno de la Comunidad Eurocheque.

²⁰⁵ Vid. Punto 18 y Anexo de la Decisión. Sin embargo, en opinión de J. STEENBERGEN (*Le secteur bancaire*, p. 122), no puede descartarse que algunos de los acuerdos abandonados se hubiesen podido beneficiar finalmente de una exención en el caso de haberla solicitado formalmente.

²⁰⁶ Vid. Punto 21 de la Decisión.

²⁰⁷ Vid. R. ALONSO SOTO, *Il mercato único europeo*, p. 161.

1.2 La decisión *Eurocheques: acuerdo de Helsinki* (1992)

Los servicios de competencia de la Comisión se han ocupado en diversas ocasiones de los acuerdos adoptados en el seno de la Comunidad Eurocheque. Como es sabido, en el primer caso se trataba de una solicitud de autorización singular para un acuerdo —denominado *Package-Deal*— que a juicio de la autoridad *antitrust* reunía las condiciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado²⁰⁸. Más tarde, una serie de disposiciones relativas al proceso de elaboración de los eurocheques obtuvieron el beneficio de una exención. Se trataba de unas directivas internas que no afectaban en modo alguno al precio de los servicios bancarios y que, por tanto, escapaban de los dominios de este estudio²⁰⁹. Finalmente, la Comisión emitió una tercera Decisión sobre eurocheques con motivo del denominado *acuerdo de Helsinki*²¹⁰. Aunque independiente de las anteriores, esta última decisión está estrechamente ligada a las circunstancias que rodearon la autorización del acuerdo *Package-Deal*.

Las buenas relaciones que hasta ese momento habían existido entre los servicios de competencia comunitarios y la Comunidad Eurocheque se rompieron con motivo del

²⁰⁸ Vid. *supra* el punto II del presente capítulo.

²⁰⁹ Decisión de la Comisión de 19 de diciembre de 1988 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE, asunto núm. IV/31.291—*Eurocheques uniformes*, DOCE núm. L36/16 de 8 de febrero de 1989. La Comunicación previa se publicó en el DOCE núm. C 156/2, de 15 de junio de 1988. Dado que los eurocheques acompañados de la tarjeta de garantía equivalen a dinero de curso legal, era necesario dotar al sistema de dispositivos de seguridad para protegerse contra posibles fraudes. Con este fin, se celebró en el seno de la Comunidad Eurocheque un acuerdo que: 1) regulaba las características formales de los eurocheques; 2) establecía un sistema de selección de las empresas participantes en la elaboración de los cheques; y 3) fijaba las condiciones objetivas de autorización de los eurocheques. La Comisión adoptó una postura favorable a las citadas disposiciones de carácter eminentemente técnico, pues se estimaban necesarias para asegurar la fiabilidad del sistema. Para una exposición más detallada del caso, vid. P. MAESTRE CASAS (*Aplicabilidad del Derecho de la competencia*, p. 187 y ss.).

²¹⁰ Decisión de la Comisión de 25 de marzo de 1992 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE, asunto núm. IV/30.717-A—*Eurocheques: acuerdo de Helsinki*, DOCE núm. L 95/50, de 9 de abril de 1992. Vid. la reseña de la Decisión en el *XXII Informe sobre la política de competencia [1992]*, punto 141.

acuerdo de Helsinki²¹¹. La ausencia de una comunicación fluida entre las partes con anterioridad a la decisión tuvo dos consecuencias muy importantes: 1) por una parte, se adoptó por primera vez una resolución rechazando formalmente determinados acuerdos vigentes entre entidades de crédito y 2) por otra, se impusieron las primeras multas en el sector bancario como consecuencia de una infracción de las normas de competencia del Tratado.

Los hechos se desarrollaron como sigue. El acuerdo de Helsinki, a pesar de que estaba ya en vigor cuando se solicitó la autorización del acuerdo *Package-Deal* en 1982, no se incluyó en la relación de convenios que se puso en conocimiento de la Comisión. Sin embargo, en la decisión de 1984 los servicios de competencia eran conscientes de que el sistema eurocheque se aplicaba sólo parcialmente en Francia, si bien se consideraba que se trataba de una situación temporal²¹². Años más tarde, las autoridades comunitarias tuvieron conocimiento accidentalmente de la verdadera situación de los eurocheques en aquel país²¹³. Con motivo de las quejas sobre el sistema que se produjeron con posterioridad a la Decisión de 1984 y de la notificación de ciertos

²¹¹ No hay que perder de vista que la negociación previa entre los servicios de competencia y las entidades afectadas tiene una importancia extraordinaria en los procedimientos de aplicación de las normas de competencia del Tratado. La existencia de contactos entre la autoridad comunitaria y las empresas con anterioridad a la adopción de una decisión permite que, en muchas ocasiones, las propias empresas retiren voluntariamente aquellos acuerdos respecto de los cuales la Comisión les haya transmitido su oposición, de forma que ya no sea necesario adoptar un pronunciamiento formal de oposición respecto de los mismos. Las adaptaciones voluntarias deben ser discutidas y aceptadas por los servicios de la Comisión. En torno a esta cuestión *vid.*, por todos, L. ORTIZ BLANCO, *El procedimiento*, vol. 2, p. 119 y ss. Como señala B. SOUSI-ROUBI (*Droit bancaire européen*, p. 346 y ss. y *Le secteur bancaire*, p. 141 y ss.), el análisis de las decisiones de la Comisión en el sector bancario pone de manifiesto que la negociación previa ha permitido que las entidades de crédito retirasen voluntariamente numerosos acuerdos que, de esta manera, escaparon a la reprimenda formal de la autoridad *antitrust*.

²¹² En particular, se hacía referencia entonces a la situación del *Crédit Agricole*, que seguía cobrando una comisión del 1% por el cobro de eurocheques emitidos en el extranjero y a la de los bancos del grupo *Carte bleue*, que había abierto su red de comercios al sistema eurocheque sólo de forma experimental (*vid.* el Punto 22 de la Decisión *Eurocheques: acuerdo Package-Deal*).

²¹³ *Vid.* B. SOUSI-ROUBI, *Droit bancaire européen*, p. 361.

cambios introducidos en el acuerdo *Package-Deal* en 1987²¹⁴, la Comisión envió solicitudes de información a diversas entidades francesas. En su respuesta, uno de los bancos consultados reconocía que en 1983 se había firmado el acuerdo de Helsinki, en cuya virtud las entidades francesas habían convenido con la comunidad Eurocheque que, entre otras cosas²¹⁵, los comerciantes afiliados al *Groupement Carte Bleue*²¹⁶ aceptarían los eurocheques extranjeros emitidos en francos franceses para el pago de bienes y servicios en las mismas condiciones que las ofrecidas a los clientes titulares de una tarjeta *Carte Bleue* o de una tarjeta Visa²¹⁷. La asimilación de las condiciones del pago realizado con eurocheques a las del efectuado con tarjetas en la práctica significaba que, en las compras pagadas con eurocheques, los miembros de *Carte Bleue* cobraban a los comerciantes afiliados una comisión equivalente a la prevista para los pagos con tarjeta.

En virtud de un protocolo paralelo al acuerdo de Helsinki, las entidades francesas habían convenido asimismo que sólo podían emitir eurocheques con garantía gratuita para ser usados en el extranjero, pero no en el territorio nacional. La autoridad francesa de competencia, el *Conseil de la Concurrence*, declaró que dicha cláusula era ilegal y ordenó al *Groupement CB* que la suprimiese²¹⁸.

²¹⁴ Aunque la reforma de 1987 no alteró substancialmente el contenido del convenio, se introdujeron, sin embargo, dos novedades importantes: 1) se elevó la comisión interbancaria máxima; y 2) se introdujo un mínimo para esta misma comisión (punto 18 de la Decisión).

²¹⁵ El acuerdo de Helsinki contenía, además, las siguientes disposiciones: a) los comerciantes tenían prohibido aplicar recargos a las compras realizadas con eurocheques; b) las entidades de crédito debían velar por el correcto funcionamiento del sistema; y c) en la compensación de los eurocheques extranjeros extendidos en Francia, se incluía una comisión a cobrar a través de los centros nacionales de compensación (*vid.* Punto 25 de la Decisión).

²¹⁶ El *Groupement des Cartes Bancaires* (CB) es una agrupación de interés económico creada en virtud de un acuerdo de julio de 1984 por el que se establece el principio de interoperatividad entre las redes de tarjetas existentes en Francia: la de la *Carte bleue*, la del *Crédit Agricole* y la del *Crédit Mutuel*. A principios de la década de los 90, el *Groupement* reunía a todos los grandes bancos franceses y en torno a medio millón de comerciantes operaban con la tarjeta CB. Desde su creación, el *Groupement* sustituyó a la *Association Française des Banques* (AFB) como comunidad nacional eurocheque en Francia.

²¹⁷ *Vid.* Puntos 23-24 de la Decisión.

²¹⁸ *Vid.*, al respecto, LESQUINS, RCC, núm. 58, 1990, p. 12 y ss.

El 31 de julio de 1990 la Comisión emitió un pliego de cargos relativo tanto a las modificaciones producidas en el acuerdo *Package-Deal* como al acuerdo de Helsinki²¹⁹. En el citado documento se exponían las razones que tenía para no renovar la exención concedida al acuerdo *Package-Deal*. Respecto de las tarifas interbancarias, se criticaba que los miembros del sistema sistemáticamente 1) aplicaban la comisión máxima prevista en el convenio y 2) repercutían el importe íntegro de la comisión a sus clientes. Además, se consideraba que las modificaciones introducidas en el convenio eran contrarias al principio de gratuidad de los eurocheques que motivó su exención en 1984²²⁰. En efecto, la autorización del acuerdo *Package-Deal* se basaba en la idea de que los bancos emisores no cobrarían ninguna comisión a los comerciantes que aceptasen los eurocheques como medio de pago; el banco pagador no recibía remuneración alguna del remitente del eurocheque, sino del banco emisor²²¹.

En segundo término, los cargos presentados contra el acuerdo de Helsinki se centraban en que éste constituía un acuerdo sobre precios aplicable no sólo en las relaciones interbancarias sino también en las relaciones de los bancos con su clientela pues, en virtud del convenio, los bancos franceses decidieron aplicar a los comerciantes una comisión del mismo importe que la facturada por los pagos con tarjeta. Además, se criticaba que el acuerdo impedía la competencia efectiva entre los eurocheques y las tarjetas en el sector comercial francés²²².

²¹⁹ El contenido del pliego de cargos se detalla en la Nota de Prensa IP/90/765, de 26 de septiembre de 1990.

²²⁰ Aunque en la Decisión de 1984 el principio de la gratuidad de los eurocheques no fue objeto de especial atención, la Comisión afirma posteriormente que la exención se concedió porque se consideró que era positivo tanto para los consumidores como para los comerciantes que se pagase realmente el importe íntegro del eurocheque (*vid.* Nota de Prensa IP/88/496, de 27 de julio de 1988).

²²¹ *Vid.* Punto 38 de la Decisión *Eurocheques: acuerdo Package-Deal*. Sobre la renovación de la exención *vid.* J. DISHINGTON, *JIBL*, 1993, núm. 1, p. 34.

²²² *Vid.* Punto 32 de la Decisión.

El pliego de cargos se refería únicamente a la aplicación del artículo 81.1 del Tratado CE porque se redactó sin que hubiese sido notificado el acuerdo de Helsinki. No obstante, posteriormente el *Groupement* procedió a notificar oficialmente el acuerdo, tras haber sido informado por los servicios de la Comisión de que el envío de dicho documento era inminente. Ante esta situación, y al objeto de respetar los legítimos derechos de las partes, la Comisión redactó en junio de 1991 un pliego de cargos adicional en el que se daba respuesta a las alegaciones presentadas por el *Groupement* en su notificación sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81²²³.

A juicio de la autoridad *antitrust*, el acuerdo de Helsinki constituía una restricción de la competencia de particular gravedad²²⁴. En primer término, se trataba de un convenio que fijaba el importe de la comisión a cobrar a los clientes comerciantes. Si bien las tarifas uniformes se suprimieron en 1985, la restricción de la competencia no desapareció por cuanto que, de un lado, se mantenía el principio de cobrar una comisión y, de otro, se establecía un nexo indisoluble e injustificado entre el precio de los eurocheques y el de las tarjetas. En segundo lugar, el acuerdo producía el efecto de hacer menos atractivo el uso de eurocheques para los comerciantes franceses. La prohibición de que los bancos franceses emitiesen eurocheques para uso nacional, junto con la nivelación del precio de los pagos con eurocheques y con tarjetas bancarias, contribuyó a dificultar el desarrollo de los cheques de viaje en Francia. Por último, el acuerdo de Helsinki estaba en total contradicción con el principio de la gratuidad de los eurocheques que motivó la exención del acuerdo *Package-Deal*: los usuarios debían recibir el importe íntegro del cheque²²⁵.

²²³ Vid. Puntos 30-41 de la Decisión. Esta cuestión es importante, pues dará lugar a que las partes presenten un recurso ante el TPI por la violación de sus legítimos derechos de defensa.

²²⁴ Vid. Punto 46 de la Decisión.

²²⁵ Vid. Puntos 46-55 de la Decisión.

Además, en opinión de las autoridades de competencia, el acuerdo de Helsinki no cumplía ninguna de las cuatro condiciones que el artículo 81.3 prevé para conceder una exención²²⁶. Respecto del primer requisito, el *Gropupement* pretendía justificar la exención con apoyo en la idea de que el acuerdo tenía por objeto y efecto favorecer el desarrollo de los eurocheques en Francia. Antes al contrario, la Comisión estimó que el acuerdo controvertido tenía el propósito manifiesto de impedir la implantación de los eurocheques en el país y se lamentó que los datos económicos a su disposición corroboraban que dicho objetivo anticompetitivo había sido alcanzado²²⁷.

En segundo término, la Comisión declaró que lejos de tener el efecto de beneficiar a los usuarios de los cheques, el acuerdo de Helsinki perjudicaba tanto a los comerciantes, que debían pagar una comisión cuando el eurocheque era gratuito en el resto de la Comunidad, como a los usuarios, que encontraban dificultades para utilizar sus eurocheques en Francia. Los únicos que salían ganando con el acuerdo eran los bancos franceses que cobraban dos veces por el mismo servicio: primero, a los comerciantes en virtud del acuerdo de Helsinki y, a continuación, a los bancos extranjeros en aplicación del acuerdo *Package-Deal*²²⁸.

En tercer lugar, las restricciones de la competencia que provocaba el acuerdo de Helsinki no eran indispensables para lograr el objetivo de que los eurocheques se empleasen en Francia en las mismas condiciones que en los demás países de la Comunidad. Éste era el objeto del acuerdo *Package-Deal* y, en opinión de la Comisión, resultaba totalmente contradictorio analizar el acuerdo de Helsinki —que constituía una

²²⁶ R. ALONSO SOTO (*Homenaje al prof. Verdura*, p. 24) destaca que la Decisión, relativamente breve en lo que respecta a la existencia de una infracción de la competencia, se extiende sin embargo en relación con la posibilidad de aplicar el apartado 3 del artículo 81.

²²⁷ *Vid.* Puntos 58-66 de la Decisión.

²²⁸ *Vid.* Puntos 67-70 de la Decisión.

excepción al acuerdo *Package-Deal*— como una restricción indispensable para lograr los objetivos del mismo²²⁹.

Finalmente, el acuerdo de Helsinki eliminaba toda posibilidad de competencia tanto en el mercado de los eurocheques como en el del conjunto de los medios de pago internacionales. Primero, el acuerdo suponía una eliminación total de la competencia en la utilización de los eurocheques por los comerciantes franceses, dado que los bancos habían acordado tanto la percepción de una comisión como el importe de la misma (ésta debía ser igual a la aplicada a los pagos con tarjetas). Segundo, la competencia entre los distintos medios de pago utilizables en el plano internacional también se veía limitada y, especialmente, en relación con las tarjetas bancarias²³⁰.

Por todo ello, la Comisión resolvió que el acuerdo de Helsinki constituía una limitación de la competencia que no podía beneficiarse de una autorización singular *ex* artículo 81.3 CE. Como se ha señalado, era la primera vez que la autoridad comunitaria adoptaba una decisión formal de prohibición en el sector bancario, aunque los principios en los que se apoyaba estaban claramente inspirados en la doctrina expresada en los casos precedentes. Ciertamente, la Comisión había declarado reiteradamente que los acuerdos de precios que afectaban al comportamiento de los bancos con su clientela no podían, en ningún caso, beneficiarse de una exención y, por tanto, las entidades afectadas habían procedido a retirar los acuerdos que incluían cláusulas de este tipo. Sin embargo, en el presente caso esta comunicación previa no tuvo lugar y el procedimiento concluyó con la declaración formal de prohibición. Es cierto que el *Groupement* decidió dejar sin efecto el acuerdo de Helsinki en mayo de 1991, pero no lo es menos que en el tiempo en el que estuvo en vigor el acuerdo constituía una infracción del artículo 81.1 CE²³¹.

²²⁹ Vid. Puntos 71-73 de la Decisión.

²³⁰ Vid. Puntos 74-77 de la Decisión.

²³¹ Vid. M. DASSESE/ S. ISAACS/ G. PENN, *EC Banking Law*, p. 305.

La Comisión impuso una multa de cinco millones de euros al *Groupement* y una multa de un millón de euros a Eurocheque Internacional como consecuencia de la infracción²³². Se trataba de las primeras y, hasta el momento, únicas multas impuestas por la Comisión en el sector bancario como consecuencia de una infracción del artículo 81 CE. Para determinar la cuantía de la multa se tuvo en cuenta tanto el grado de responsabilidad —en su mayoría atribuible al *Groupement*— como el beneficio obtenido por los participantes en el acuerdo. Los bancos franceses habían obtenido un beneficio directo derivado del acuerdo, que se estimaba en cinco millones de euros, en concepto de comisiones pagadas por los comerciantes. Se consideraron como circunstancias agravantes de la responsabilidad, de un lado, la falta de cooperación de las partes con los servicios de la Comisión y, de otro, el beneficio indirecto obtenido por los bancos franceses al dificultar el desarrollo de los eurocheques en el país.

En cuanto a Eurocheque, aunque no había obtenido ningún beneficio directo del acuerdo, se entendía que sí había recibido un beneficio indirecto en la medida en que el acuerdo le permitía mantener el acceso al sector comercial en Francia. Como circunstancias atenuantes se apreciaron las siguientes: 1) las partes pusieron fin al acuerdo de forma voluntaria; 2) se trataba de la primera vez que se imponían multas en el sector bancario y 3) el reconocimiento por la Comisión que era posible reprocharle no haber investigado con mayor profundidad el alcance del acuerdo de Helsinki cuando se le notificó el acuerdo *Package-Deal* en 1984, a pesar de que sólo tenía noticias del mismo en términos vagos y engañosos²³³.

A juicio de algunos autores, al imponer las multas la Comisión dio muestras de benevolencia con el sector bancario si se comparan las sanciones impuestas en este caso

²³² La Comisión hizo pública la imposición de multas en la Nota de Prensa IP/92/223, de 25 de marzo de 1992.

²³³ *Vid.* Puntos 78-91 de la Decisión.

con las de otros asuntos por infracciones equivalentes²³⁴. En particular, se critica que se tuviese en cuenta, como circunstancia atenuante, el que se tratase de las primeras multas en el sector bancario²³⁵. En nuestra opinión, en la determinación de las multas tuvo que pesar el reconocimiento de la deficiente investigación que hizo la Comisión sobre la situación del sistema Eurocheque en Francia cuando se autorizó el acuerdo *Package-Deal*²³⁶. En todo caso, tal vez la multa a Eurocheque puede considerarse excesiva si se compara con la del *Groupement*, pues la citada entidad firmó el convenio únicamente para mantener el acceso al sector comercial en Francia²³⁷.

Tanto el *Groupement* como Eurocheque Internacional presentaron ante el Tribunal de Primera Instancia sendos recursos de anulación contra la Decisión *Eurocheque: acuerdo de Helsinki*²³⁸. En febrero de 1994 el TPI dictó una sentencia anulando la Decisión de la Comisión en lo que se refiere a Eurocheque Internacional (posteriormente *Europay International*) y reduciendo sensiblemente la multa impuesta al *Groupement*²³⁹.

²³⁴ Vid. J. F. BELLIS, *Mélanges Jean Pardon*, p. 16.

²³⁵ Vid. P. MAESTRE CASAS, *Aplicabilidad del Derecho de la competencia*, p. 194 y ss.

²³⁶ Vid. J. DISHINGTON, *JIBL*, 1993, núm. 1, p. 34.

²³⁷ Sin embargo, ha de señalarse que la doctrina tradicional de la Comisión no suele admitir que las empresas encausadas aleguen, como circunstancia eximente, que han sido empujadas a la infracción por los competidores. Simplemente, este hecho se tiene en cuenta para reducir el importe de la sanción dado la función exclusivamente pasiva o subordinada en la comisión de la infracción (Punto 3º de las *Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento núm. 17 y del apartado 5 del artículo 65 del Tratado CECA*, DOCE núm. C9/1, de 14 de enero de 1998). En la misma línea, la apreciación del estado de necesidad por el tribunal de Justicia también es muy estricta y sólo cabe cuando la propia existencia de la empresa se vea amenazada (vid. el estudio de la doctrina de la Corte Europea y de la Comisión que realizan M. WAELBROECK/ A. FRIGNANI, *El Derecho europeo de la competencia*, p. 543 y ss.). Ahora bien, quizá pudiera pensarse que en el presente caso la supervivencia del sistema estaba en efecto amenazada, al menos en lo que se refiere a su implantación en Francia, pues no se entiende de otra manera las razones que impulsaron a la organización internacional a aceptar un acuerdo tan poco favorable para sus intereses.

²³⁸ DOCE núm. C167/11, de 4 de julio de 1992 y DOCE núm. C 160/16, de 26 de junio de 1992.

²³⁹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de febrero de 1994, asuntos acumulados T-39/92 y T-40/92—*Groupement des cartes bancaires CB & Europay International v. Comisión*, Rec. 1994, p. II-49 y ss. Sobre la Sentencia vid. C. GINER PARREÑO/ A. ROBLES MARTÍN LABORDA, *DN*, núm. 45, 1994, p. 58 y ss.

En primer lugar, el TPI señaló que se violaron los derechos de defensa de *Europay International* básicamente por dos motivos, 1) la decisión impugnada se basaba en hechos y cargos que se mencionaron por primera vez en el pliego de cargos adicional que no fue notificado a la empresa sancionada; y 2) la Comisión no concedió a *Europay International* la oportunidad de dar a conocer su punto de vista sobre los cargos que se le imputaban²⁴⁰. Por tanto, la sentencia anuló la decisión controvertida en la medida que declaraba que existió una infracción del artículo 81.1 CE por parte de *Europay International* y le imponía una multa.

En segundo término, el Tribunal de Primera Instancia confirmó en su mayor parte la Decisión en relación con el *Groupement*. En efecto, la Sentencia declaró que la Comisión actuó acertadamente en cuanto al respeto de los derechos de defensa, la delimitación del mercado relevante y la apreciación de las condiciones del apartado 3 del artículo 81 CE. En relación con este último punto, ha de tenerse presente que el Tribunal se muestra tradicionalmente remiso a revisar las decisiones adoptadas por la Comisión dentro del amplio margen de discrecionalidad que le concede artículo 81.3 CE²⁴¹. Del análisis de doctrina de la Corte se desprende que el TPI sólo interviene cuando existen errores manifiestos o una total ausencia de motivación²⁴². Por tanto, la

²⁴⁰ En particular, el apartado 1 del artículo 19 del Reglamento 17 en relación con los artículos 2 y 4 del Reglamento 99/63 (DOCE núm. L 2268/1963, de 20 de agosto de 1963) señala que la Comisión debe comunicar los cargos que tiene la intención de mantener contra las empresas e, igualmente, exige que se ofrezca a las entidades afectadas la posibilidad de manifestar su punto de vista sobre las alegaciones de la Comisión. En el caso que nos ocupa, la Comisión violó estos preceptos, básicamente, por dos motivos: 1) porque tan sólo envió a *Europay International* una copia del pliego adicional de cargos remitido al *Groupement* (que amplía el alcance de los cargos inicialmente presentados contra el acuerdo de Helsinki); y 2) porque en el documento no se señala el preceptivo plazo para presentar observaciones. (Puntos 49-61 de la Sentencia).

²⁴¹ En concreto, en el presente caso se entendía que “el control que ejerce el Tribunal sobre las valoraciones económicas complejas efectuadas por la Comisión al utilizar el margen de apreciación que le otorga el apartado 3 del artículo 85 del Tratado (hoy art. 81), en lo relativo a cada una de sus cuatro condiciones, debe limitarse a comprobar si se respetaron las normas de procedimiento y de motivación, así como la exactitud material de los hechos, la falta de error manifiesto de apreciación y de desviación de poder” (Punto 109 de la Sentencia).

²⁴² *Vid.* el análisis de la doctrina jurisprudencial que realiza I. VAN BAELE ([1992] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 740 y ss.). A juicio del citado autor, la *alergia* que tiene el Tribunal a revisar las decisiones discrecionales de la Comisión lesiona los derechos de defensa de las empresas afectadas. En primer lugar,

apreciación limitada del razonamiento de la Comisión en el ámbito de las exenciones impidió que, en el presente caso, el TPI se pronunciase sobre la legitimidad de la doctrina eurocheque que hasta entonces venía aplicando la Comisión en sus decisiones sobre acuerdos de precios en el sector bancario²⁴³.

Pero el TPI criticó a la Decisión en un tema menor: el acuerdo de Helsinki no constituía propiamente un acuerdo sobre el importe de la comisión, sino simplemente un convenio para la percepción de la misma²⁴⁴. En consecuencia el Tribunal declaró que, si bien el citado acuerdo también implicaba una restricción de la competencia, debía reducirse el importe de la multa impuesta al *Groupement* a 2 millones de euros²⁴⁵.

En junio y julio de 1995 la Comisión envió al *Groupement* sendos escritos en los que se le reclamaba el pago de la multa y de los intereses de demora. Contra la reclamación de las citadas cantidades el *Groupement* interpuso un recurso ante el TPI. El caso se centraba básicamente en dos cuestiones: a) la determinación del momento a partir del cual se generan intereses de demora y b) la conveniencia de imputar el pago realizado por el demandante en primer lugar a los intereses y más tarde al principal de la multa. El Tribunal de Primera Instancia declaró que, por una parte, la Comisión podía imponer intereses de demora en caso de impago de la multa en el plazo fijado en la decisión y, por otra, la Comisión tenía la facultad de decidir cómo imputaría los pagos efectuados en relación con las multas, siempre que no se vulnerasen principios generales de Derecho comunitario. En definitiva, la sentencia dio la razón a la Comisión en los

se invierte la carga de la prueba en favor de la Comisión (es decir, la parte acusadora) que no tiene que acreditar los motivos que le llevaron a adoptar su decisión. Además, la situación es más grave si se tiene en cuenta el procedimiento de adopción de decisiones por la Comisión. Éstas lejos de ser producto de una voluntad unánime de los miembros de la Comisión, en la práctica reflejan meramente la opinión del *case-handler* que las redactó. De este modo, los funcionarios de la Dirección General de la Competencia actúan como fiscal, juez y jurado, sin que exista una efectiva revisión jurisdiccional de sus decisiones.

²⁴³ Vid. B. SOUSI-ROUBI, *Droit bancaire européen*, p. 367 y ss.

²⁴⁴ Vid. A. PAPPALARDO, *Le secteur bancaire*, p. 83.

²⁴⁵ Vid. Puntos 76-92 de la Sentencia.

dos aspectos controvertidos, por lo que se desestimó el recurso condenando en costas a la parte demandante²⁴⁶.

Paralelamente, la Comisión recibió una queja de que el banco *Société générale* había cobrado una comisión de 92,50 francos a la beneficiaria francesa de un eurocheque librado por un banco alemán, cuando en virtud del acuerdo *Package-Deal* el servicio debería haber sido gratuito. Ante la falta de colaboración de la entidad de crédito, en abril de 1993 la Comisión adoptó una decisión por la que se requería a *Société générale* para que presentase la información solicitada, apercibiéndole que, en caso contrario, se le impondría una multa coercitiva. La Decisión fue recurrida por el banco francés ante el TPI. El Tribunal concluyó, en contra de lo expresado por la parte recurrente, que en el presente caso 1) no existía una infracción del artículo 11 del Reglamento núm. 17 que regula la solicitud de información a empresas y autoridades de los Estados miembros; 2) se cumplía la exigencia de una motivación suficiente de la Decisión contenida en el artículo 190 CE; y 3) no se vulneraron los derechos de defensa. A la vista de lo anterior, la sentencia desestimó el recurso condenando en costas a *Société générale*²⁴⁷.

En suma, aunque se redujeron sensiblemente las multas, la decisión de la Comisión en el caso *Eurocheques: acuerdo de Helsinki* —así como las posteriores resoluciones del Tribunal de Primera Instancia— confirmaron en toda su extensión la tesis tradicional de que los acuerdos sobre las comisiones que los bancos cobran a sus clientes eran ilegales y no podían beneficiarse de una autorización. Además, indirectamente, el caso supuso un paso adelante más en la línea de que los acuerdos

²⁴⁶ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de julio de 1995, asunto núm. T-275/94—*Groupement des Cartes Bancaires CB v. Comisión*, Rec. 1995, p. II-2169 y ss. Sobre la Sentencia *vid.*, entre otros, J. M. DE DIOS, *RJC*, núm. 2, 1996, p. 603 y ss.; F. THIBAUT, *RTDCDE*, núm. 1, 1996, p. 161 y ss.; C. GINER PARREÑO/ A. M. TOBÍO RIVAS, *DN*, núm. 63, 1995, p. 60 y ss.

²⁴⁷ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 marzo de 1995, asunto núm. T-34/93—*Société générale v. Comisión*, Rec. 1995, p. II-545 y ss. *Vid.* L. VASQUES, *For. It.*, núm. 6, 1995, parte IV, p. 194 y ss.; C. BOLZE, *RTDCDE*, núm. 49, 1996, p. 380 y ss.; C. GINER PARREÑO/ A. M. TOBÍO RIVAS, *DN*, núm. 58/59, 1995, p. 46 y ss.

bancarios no eran intrínsecamente diferentes de los convenios restrictivos adoptados en otros sectores económicos²⁴⁸.

1.3 Posición actual de la Comisión

En la actualidad, se puede decir que la prohibición de los acuerdos que fijan los precios de los servicios prestados a la clientela está fuera de toda duda, y así lo han confirmado los servicios de la Comisión en diversas ocasiones.

Por una parte, la Comunicación sobre política de la competencia y transferencias transfronterizas de 1995 afirma categóricamente que está prohibido cualquier acuerdo que fije el tipo o nivel de precios aplicables al público²⁴⁹. Dentro de esta categoría se incluyen no sólo los sistemas de precios explícitos, sino también otros métodos menos transparentes como las prácticas de fechas de valor o los tipos de cambio menos ventajosos²⁵⁰.

Por otra, los servicios de competencia de la Comisión están investigando en la actualidad dos presuntos cárteles de precios al por menor que, en caso de resultar acreditados, sin duda confirmarán la oposición absoluta de las autoridades comunitarias frente a este tipo de acuerdos.

²⁴⁸ Vid. M. DASSESE/ S. ISAACS/ G. PENN (*EC Banking Law*, p. 305), quienes afirman que “la Decisión Eurocheques: acuerdo de Helsinki es tal vez más importante porque indica el futuro a corto plazo de la política de competencia de la CE en el sector bancario: los acuerdos bancarios que restringen la competencia ya no se consideran intrínsecamente diferentes de otros acuerdos restrictivos adoptados en otros sectores de la actividad de servicios”.

²⁴⁹ Vid. Punto 39 de la Comunicación. En términos generales, sobre la Comunicación 95/C 251/03, vid. *supra* el punto III.3 del presente capítulo.

²⁵⁰ Vid. Punto 38 de la Comunicación.

1.3.1 El caso *Bancos austríacos: Lombard Club*

En 1997 los servicios de competencia comunitarios iniciaron una investigación como consecuencia de noticias aparecidas en la prensa austríaca en las que se informaba de trece medidas adoptadas por una asociación bancaria de ese país –conocida como el *Lombard Club*– al objeto de *incrementar los beneficios de los bancos*²⁵¹. Entre estas iniciativas se encontraba una lista manuscrita que contenía la agenda de la reunión y que despertó las sospechas de la Comisión porque parecía indicar que los miembros de la asociación estaban inmersos en un cártel de precios ilegal. En septiembre de 1999, la autoridad *antitrust* envió a ocho bancos un pliego de cargos en el que formalmente se les acusaba de participar en una red institucionalizada, que se reunía periódicamente para intercambiar información altamente sensible para el mercado y, de vez en cuando, acordar los precios de una amplia selección de servicios bancarios al por menor, tanto en las operaciones bancarias activas como pasivas²⁵².

A pesar de que se trata de una asociación bancaria de ámbito nacional, la Comisión entiende que el acuerdo afecta al comercio intracomunitario porque 1) dificulta la entrada de nuevos competidores en el mercado austríaco; y 2) influye en las relaciones comerciales comunitarias de las empresas que los bancos participantes tienen en cartera²⁵³. En la actualidad, el caso continua siendo investigado por la autoridad de competencia comunitaria, la cual amplió posteriormente el pliego de cargos para incluir un supuesto pacto para fijar los tipos de cambio en la zona euro²⁵⁴.

²⁵¹ Vid. Nota de Prensa IP/98/556, de 23 de junio de 1999.

²⁵² Vid. K. VAN MIERT, *EU Competition policy*, s/p.

²⁵³ Vid. L. GYSELEN, *Competition Law*, p. 18-5.

²⁵⁴ Vid. Nota de Prensa IP/00/1358, de 24 de noviembre de 2000.

1.3.2 El caso *Comisiones vinculadas al cambio de moneda en la zona Euro*

En abril de 1998 la Comisión publicó una recomendación sobre las comisiones por la conversión de las monedas nacionales a euros²⁵⁵, en la que se requería a los bancos europeos que adoptasen unas *normas de buenas prácticas* en lo que respecta a la conversión sin comisiones de determinadas operaciones. Por una parte, la conversión a euros de los ingresos denominados en la moneda nacional, y viceversa, deberá ser gratuita durante el período transitorio de implantación de la moneda única. Por otra, la conversión a euros de las cuentas bancarias denominadas en la moneda nacional, también deberá estar exenta de comisiones durante dicho periodo. Además, los bancos deberán cobrar tarifas iguales por los servicios denominados en euros y en la unidad monetaria nacional²⁵⁶. La Recomendación, no obstante, permite a los bancos cobrar comisiones en otras operaciones de cambio y, muy especialmente, en la conversión entre monedas nacionales de países pertenecientes a la UME²⁵⁷.

A principios de 1999, la autoridad de competencia comenzó una investigación con el fin de detectar prácticas colusorias en las operaciones de cambio de divisas en las que los bancos todavía podían optar por cobrar comisiones²⁵⁸. La fijación definitiva de los tipos de cambio de las monedas nacionales de la zona euro debería tener como

²⁵⁵ Recomendación (98/286/CE) de la Comisión de 23 de abril de 1998 sobre comisiones bancarias por la conversión en euros, DOCE núm. 130/22, de 1 de mayo de 1998.

²⁵⁶ Art. 2 de la Recomendación.

²⁵⁷ Ciertamente, las *normas de buenas prácticas* bancarias no incluyen la conversión gratuita de cuentas denominadas en euros a moneda nacional, ni tampoco el cambio gratuito de billetes denominados en monedas nacionales de la zona euro porque *la necesidad de tal canje no se ve afectada por la introducción del euro*. Vid. Considerando 5.

²⁵⁸ En relación con la Recomendación de 1998, el entonces Comisario de la Competencia Van Miert (*EU Competition Policy*, s/p) señalaba que dicha disposición, paradójicamente, tenía como efecto fomentar la creación de cárteles de precios entre los bancos de los países de la UME: “*no nos vayamos por las ramas: la Comisión ha animado a los bancos a formar cárteles de precios. El establecimiento de manera colectiva de una comisión igual a cero constituye un acuerdo de fijación de precios como cualquier otro*”. Por lo tanto, de lo que se trata ahora es de evitar prácticas colusorias en relación con aquellas operaciones que no caen dentro del ámbito vinculante de la Recomendación. Vid. L. GYSELEN, *Competition Law*, p. 18-6.

consecuencia la reducción de las comisiones que cobran las entidades de crédito, pues ha desaparecido el riesgo que antes soportaban en estas operaciones. Sin embargo, los servicios de competencia comunitarios entienden que existen pruebas suficientes de que diversos bancos se han puesto de acuerdo para subir el importe de sus comisiones de cambio o, al menos, controlar su bajada²⁵⁹. En consecuencia, la Comisión ha enviado pliegos de cargos a entidades de crédito de Bélgica, Finlandia, Portugal, Irlanda, Holanda y Alemania avisándoles que las autoridades de competencia están firmemente decididas a castigar severamente este tipo de pactos²⁶⁰. Posteriormente, la autoridad comunitaria ha anunciado públicamente que eximía de la investigación a determinadas entidades de crédito que voluntariamente modificaron su esquema de tarifas para desmarcarse de la presunta práctica concertada²⁶¹.

En suma, la Comunicación de 1995 y las investigaciones actualmente en curso envían un mensaje claro a la industria bancaria de la Comunidad: los acuerdos bancarios que fijan tarifas aplicables a los clientes están prohibidos por el artículo 81.1 CE – siempre y cuando afecten al comercio entre los Estados miembros– y no podrán beneficiarse de una exención en virtud del apartado 3 del artículo 81 del Tratado²⁶². A estos efectos es indiferente que se trate de comisiones establecidas en un valor uniforme máximo o mínimo²⁶³. Se confirma así la tesis mantenida tradicionalmente por la autoridad comunitaria, pues no debe olvidarse que desde siempre la Comisión ha

²⁵⁹ Nota de Prensa IP/00/704, de 4 de julio de 2000.

²⁶⁰ Notas de Prensa IP/00/784, de 14 de julio de 2000 e IP/00/908, de 4 de agosto de 2000.

²⁶¹ Notas de Prensa IP/01/634, de 3 de mayo de 2001; IP/01/635, de 3 de mayo de 2001; IP/01/650, de 7 de mayo de 2001; IP/01/690, de 14 de mayo de 2001; e IP/01/554, de 11 de abril de 2001.

²⁶² En este sentido, resultan clarificadoras las palabras del comisario Van Miert (*EU Competition policy*, s/p) ante la asociación de bancos belgas: “estoy seguro que el significado de esta actuación (respecto de los bancos austriacos) no se le escapa a la comunidad bancaria europea. Los cárteles de precios son ilegales en todas las circunstancias. Les invito a tener esto en cuenta en su actividad bancaria”.

²⁶³ Vid. M. NEGENMAN, *EU anti-trust law*, s/p.

considerado que esta clase de pactos entrañan una restricción de la competencia particularmente grave²⁶⁴.

Esta postura coincide plenamente con la opinión mayoritaria de la doctrina norteamericana en la que, como se ha visto, se estima que los acuerdos que fijan las comisiones exigibles a la clientela son ilegales *per se*. Sin embargo, ha de señalarse que la autoridad comunitaria ha desempeñado una actividad mucho más activa contra los cárteles de precios en el sector bancario que sus homólogas estadounidenses, tal vez porque a este lado del Atlántico las entidades de crédito no eran conscientes de la ilegalidad que suponía pactar precios con los competidores.

2. Tipos de interés

La postura de la Comisión Europea en relación con los acuerdos bancarios sobre tipos de interés ha sido sumamente vacilante debido, fundamentalmente, a las dificultades que planteaba la estrecha relación que existía entre los tipos de interés y la política monetaria de los Estados miembros.

Debe tenerse presente que, hasta el Tratado de Maastrich, la política monetaria no se encontraba dentro del ámbito de acción política del Tratado CE. En consecuencia, la competencia para adoptar decisiones en esta materia dentro de la Comunidad le correspondía a las autoridades respectivas de los Estados miembros. En este marco, las decisiones sobre tipos de interés constituían un instrumento esencial en manos de las autoridades nacionales para reducir el gasto, controlar la inflación o contener la inestabilidad de los tipos de cambio²⁶⁵. El problema surgía cuando los Estados miembros, en el ejercicio de sus legítimas facultades monetarias, adoptaban medidas que limitaban la

²⁶⁴ Vid. Punto 46 de la Decisión *Eurocheques: Acuerdo de Helsinki*.

²⁶⁵ Vid., el capítulo de SAMUELSON/NORDHAUS (*Economía*, p. 489 y ss.) dedicado a los tipos de interés y la actuación de los bancos centrales.

libertad de actuación en el mercado. Imaginémonos el caso –nada extraño por otra parte– de un Estado miembro que, para fomentar el consumo, decidía fijar por vía reglamentaria un tipo de interés bajo para los préstamos. Es indudable que una medida de estas características limitaba la competencia y podía afectar al comercio entre los Estados miembros. ¿Se puede decir entonces que era contraria a las normas de competencia del Tratado cuando se trataba de una actuación de una autoridad pública nacional en el marco de sus competencias?

Como se verá a continuación, los pasos dados por las autoridades comunitarias en materia de acuerdos sobre intereses han tenido siempre muy presente el fantasma de la intervención estatal sobre los tipos; y la solución a la que se ha llegado está decisivamente influenciada por la evolución de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre las disposiciones estatales anticompetitivas.

En la actualidad la situación ha sufrido un cambio radical como consecuencia de la puesta en marcha, en la mayoría de los países de la Comunidad, de la Unión Monetaria Europea, pues ahora las decisiones sobre política monetaria le corresponden a un órgano colectivo de la Unión, el Banco Central Europeo. La existencia de una política comunitaria en este ámbito evita, respecto de los países participantes, los problemas que desde el punto de vista de la competencia planteaban las autoridades nacionales con sus decisiones en materia de tipos de interés. Por supuesto, es posible que la discusión se traslade hoy a los señores Monti y Solbes –miembros de la Comisión encargados de competencia y asuntos económicos y monetarios, respectivamente– pero es de esperar una mayor coordinación entre ambas políticas. En este sentido, conviene resaltar que el artículo 4 del Tratado CE impone a las autoridades monetarias de la Comunidad la obligación de orientar la política económica común sobre la base de los dictados del mercado libre y la competencia²⁶⁶.

²⁶⁶ Como señala C. VON QUITZOW (*State measures distorting free competition in the EC*, p. 267), la Unión Monetaria Europea contribuirá a reforzar la competencia en el mercado, dado que se basa en los principios de libertad de mercado y libre competencia.

2.1 La Comisión se abstiene de intervenir en sus primeras decisiones formales en el sector bancario

Como es sabido, a pesar de que la sentencia *Züchner* dejaba abierta la posibilidad de examinar los pactos interbancarios sobre tipos de interés desde la óptica del Derecho *antitrust*, lo cierto es que en la década de los ochenta los servicios de competencia se abstuvieron de iniciar investigación alguna al respecto. Esta inactividad llama poderosamente la atención si se tiene en cuenta que, en aquellas fechas, la Comisión había iniciado una investigación exhaustiva acerca de los convenios sobre comisiones en el sector bancario europeo. Es más, los servicios de competencia incluso se abstuvieron de condenar los cárteles sobre intereses descubiertos en el curso de otros procedimientos, como se expone a continuación²⁶⁷.

Efectivamente, la Comisión se reservó su opinión acerca de los acuerdos sobre intereses en las cuatro decisiones formales adoptadas en la década de los ochenta en relación con la industria bancaria. La decisión en el asunto de los bancos irlandeses de septiembre de 1986 fue la primera muestra de ello²⁶⁸. El *Comité Permanente de los Bancos Irlandeses* (IBSC) solicitó una declaración negativa para diversos acuerdos adoptados en el seno de dicha organización, entre los que se incluía un convenio sobre tipos de interés comunes aplicables a préstamos y a depósitos²⁶⁹. Los acuerdos notificados se cancelaron posteriormente pero, sin embargo, la Comisión era consciente de que la estructura de los tipos en Irlanda se mantenía inalterable como consecuencia de nuevos convenios sobre intereses establecidos por el Banco Central del país, previa consulta de los bancos

²⁶⁷ Vid. *supra* el punto I.2 del presente capítulo.

²⁶⁸ Vid. *supra* el punto III.1.1 del presente capítulo.

²⁶⁹ La relación de acuerdos a que se refería la solicitud de declaración negativa puede consultarse en la Comunicación previa publicada en el DOCE núm. C 143/4 I, de 10 de junio de 1986. En particular, el convenio sobre tipos de interés incluía, entre otros, los siguientes pactos entre los miembros del IBSC: 1) tipos comunes para los préstamos y los depósitos, sometidos a la aprobación de las autoridades monetarias; 2) intereses activos de acuerdo con categorías uniformes de prestatarios, también aprobadas por la autoridad pública; 3) tipos mínimos aplicados por adelantos sobre los propios depósitos; 4) fijación de fechas de valor para facilitar el cálculo de los intereses.

asociados. En estas condiciones, los tipos de interés en Irlanda en la década de los ochenta no eran producto del juego de la libre competencia, sino sencillamente el resultado del acuerdo de las entidades participantes en el mercado. Pues bien, ante esta situación el órgano de competencia comunitario se limitó a declarar que “*de acuerdo con la política que desarrolla actualmente la Comisión en este sector*” juzgaba “*conveniente limitar esta decisión a los acuerdos relacionados con los servicios y aplazar su toma de posición respecto de acuerdos para tipos de interés, incluida la estructura de tales tipos*”²⁷⁰.

La autoridad de competencia se pronunció en parecidos términos en su decisión sobre los bancos belgas de 11 de septiembre de 1986²⁷¹. Sin embargo, en esta ocasión, simplemente declaró que, por el momento, se reservaba su opinión sobre un convenio “*cuyas disposiciones principales versan sobre el tipo de interés acreedor*”²⁷². Esta escueta frase es una muestra más de la tantas veces criticada falta de fundamentación y de transparencia que caracteriza a los pronunciamientos de la Comisión pues, en este caso, nada se sabe de la naturaleza de los acuerdos afectados ni de las razones que se tenían para no emitir un juicio sobre ellos²⁷³.

En esas mismas fechas, la Comisión reiteró su reserva en el caso de los acuerdos sobre tipos de interés adoptados en el seno de la Asociación Bancaria Italiana (ABI)²⁷⁴. La asociación había presentado una notificación voluntaria sobre varios acuerdos que, básicamente, se referían a los siguientes aspectos: en primer lugar, al tipo de interés máximo que debía pagarse a los clientes por sus depósitos; en segundo término, al tipo de interés deudor; y, finalmente, a un tipo básico de carácter orientativo. Con respecto a dichos convenios la ABI había alegado en su defensa lo siguiente: 1) que el acuerdo sobre

²⁷⁰ Puntos 9 y 10 de la Decisión.

²⁷¹ *Vid. supra* el punto III.1.2 del presente capítulo.

²⁷² Punto 14 de la Decisión.

²⁷³ Sobre la ausencia de transparencia informativa acerca de la actuación de la autoridad comunitaria, *vid. J. A. RODRÍGUEZ MIGUEZ, RDBB*, núm. 69, 1998, p. 81 y ss.

²⁷⁴ *Vid. supra* el punto III.1.3 del presente capítulo.

el tipo acreedor máximo ya no se cumplía por los bancos asociados dado que el nivel de intereses previsto difería demasiado de los niveles del mercado; 2) que el convenio sobre el interés deudor no vinculaba a los asociados desde antiguo; y 3) que con respecto al establecimiento de un tipo básico indicativo por la asociación: en primer lugar, los bancos eran plenamente libres para graduar sus intereses; en segundo término, para la determinación del tipo indicativo se tenía en cuenta la realidad del mercado; y, por último, la ABI se limitaba a suministrar informaciones estadísticas. La Comisión confirmó su reserva de opinión “*que encuentra su razón de ser en la necesidad de verificar los elementos y el fundamento de los argumentos expuestos en la notificación, a la luz de una experiencia prolongada*”²⁷⁵.

Finalmente, en la decisión de julio de 1989 sobre el caso de los bancos holandeses²⁷⁶, la Comisión cerraba una década marcada por la inactividad respecto de los intereses bancarios con un lacónico “*la decisión no hace referencia*”, entre otros, “*a acuerdos sobre tipos de interés*”²⁷⁷.

2.2 La Sentencia del Tribunal de Justicia en el caso *Van Eycke* (1988)

En el caso *Van Eycke* fallado por el TJCE en 1988²⁷⁸ la cuestión principal giraba en torno a la licitud *antitrust* de las medidas fiscales adoptadas por el gobierno belga con el fin de reducir los tipos de interés que las entidades de crédito de dicho país ofrecían a sus clientes. El asunto marca un punto de inflexión en el tratamiento que las autoridades comunitarias daban a los acuerdos sobre intereses y, por otra parte, constituye un hito en la

²⁷⁵ Puntos 13 y 18 de la Decisión.

²⁷⁶ *Vid. supra* el punto III.2 del presente capítulo.

²⁷⁷ Punto 15 de la Decisión.

²⁷⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1988, asunto 267/86—*Van Eycke v. Société anonyme ASPA*, Rec. 1988, p. 4769 y ss.

evolución de la doctrina de la Corte europea sobre las medidas estatales que restringen la competencia en el seno de la Comunidad²⁷⁹.

El pronunciamiento del Tribunal de Justicia tuvo su origen en tres cuestiones prejudiciales presentadas por el Juez de Paz del cantón de Beveren (Bélgica) al objeto de aclarar la compatibilidad con el Ordenamiento comunitario de un Real Decreto de 13 de marzo de 1986 por el cual el gobierno belga reservaba el beneficio de una exención fiscal, en materia del impuesto sobre la renta obtenida en forma de intereses acreedores, a aquellos depósitos de ahorro a los que se hubiesen aplicado los tipos de interés fijados por vía reglamentaria²⁸⁰. Es evidente que una disposición de esta naturaleza restringía la

²⁷⁹ No es fácil dar respuesta desde la perspectiva del Derecho *antitrust* a aquellas medidas de los Estados miembros que limitan o impiden el juego de la competencia. Esta dificultad tiene su origen en el hecho de que el Tratado CE no contiene precepto alguno que prohíba a los Estados miembros adoptar disposiciones limitativas de la libertad de las empresas en el mercado. Por el contrario, sí existen en el Tratado disposiciones específicas aplicables a supuestos próximos. En particular, el artículo 86.1 del Tratado CE prohíbe expresamente a los Estados miembros adoptar respecto de las empresas públicas y de aquellas entidades que gocen de derechos exclusivos cualquier medida que sea contraria a las normas de competencia. En este mismo sentido, los artículos 28 y 49 CE prevén la interdicción de medidas estatales que impidan la libre circulación de productos y servicios en el seno de la Comunidad.

La inexistencia de una regulación específica ha sido suplida por vía interpretativa por el TJCE, con una doctrina que tiene su origen en el caso *Inno v. ATAB* (Sentencia de 16 de noviembre de 1977, asunto 13/77—*Inno v. Association des détaillants en tabac (ATAB)*, Rec. 1977, p. 2115 y ss.), y que se concreta definitivamente en el caso *Van Eycke*. Esta doctrina —denominada del *efecto útil*— se puede resumir en la siguiente afirmación que el Tribunal repite con frecuencia desde el asunto *Van Eycke*:

“considerados en si mismos, los artículos 85 y 86 (hoy arts. 81 y 82) del Tratado se refieren únicamente a la conducta de las empresas y no a medidas legislativas o reglamentarias adoptadas por los Estados miembros. No obstante, es jurisprudencia reiterada de este Tribunal de Justicia, que los artículos 81 y 82 (hoy arts. 81 y 82), considerados en relación con el artículo 5 (hoy art. 10) del Tratado, obligan a los Estados miembros a no adoptar o mantener en vigor medidas, ni siquiera legislativas o reglamentarias, que puedan anular la eficacia de las normas sobre la competencia aplicables a las empresas. Tal es el caso, en virtud de esa jurisprudencia, cuando un Estado miembro, o bien impone o favorece prácticas colusorias contrarias al artículo 81 o refuerza los efectos de tales prácticas colusorias, o bien retira el carácter estatal a su propia normativa, delegando en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica” (Punto 16 de la Sentencia).

Como se verá a continuación, la citada doctrina del Tribunal de Justicia plantea la dificultad de determinar los contornos de la obligación estatal de abstenerse de interferir sobre los efectos de la política comunitaria de la competencia.

²⁸⁰ En la legislación fiscal belga se recogía desde antiguo una exención tributaria de los ingresos percibidos con ocasión de los depósitos de ahorro remunerados, con fundamento en razones de índole social y económica. Sin embargo, la tendencia alcista de los tipos de interés que caracterizó la década de los ochenta provocó que el gobierno belga emitiese un Real Decreto en diciembre de 1983 que limitaba el

competencia en la retribución de los depósitos entre los bancos del país. En estas condiciones, ningún banco iba a subir el interés que ofertaba a quienes decidiesen constituir un depósito en la entidad, pues las ganancias que obtendrían los clientes con la subida de los intereses, se verían compensadas por las pérdidas que les ocasionarían el aumento de la carga tributaria como resultado de la pérdida de la exención.

El procedimiento nacional se inició con la reclamación presentada por un cliente contra la entidad financiera belga S. A. ASPA. El Sr. Van Eycke se dirigió a esta entidad financiera para celebrar un contrato de depósito en las condiciones anunciadas en su publicidad. Sin embargo, ASPA le comunicó que, con posterioridad al inicio de su campaña, el gobierno belga había promulgado el Real Decreto de 13 de marzo que le impedía aplicar a sus depósitos las condiciones anunciadas si quería beneficiarse de la ventaja fiscal prevista para la retribución del ahorro. Ante esta negativa, el Sr. Van Eycke presentó una reclamación ante el órgano jurisdiccional nacional porque entendía que ASPA no podía ampararse en una disposición nacional que infringía las normas de competencia del CE para no aplicar la retribución anunciada. Con estos antecedentes, el juez encargado del caso elevó al TJCE una cuestión prejudicial para que se pronunciase, básicamente, sobre la compatibilidad de dicha normativa nacional con los artículos 81 y 82 del CE²⁸¹.

beneficio fiscal a aquellos depósitos de ahorro que respetasen el tipo de base máximo fijado por vía reglamentaria. El Real Decreto –por contra– no afectaba a la prima de fidelidad o por incremento, que podía ser negociada libremente por las entidades financieras belgas.

Más tarde, las autoridades de Bélgica consideraron que la competencia en el campo de las primas de fidelidad o por incremento estaba siendo demasiado fuerte, lo que provocaba un aumento general tanto de los intereses acreedores como de los deudores. Para poner remedio a esta situación, la *Commission bancaire* belga dirigió una recomendación a las entidades financieras con el fin de limitar la retribución por los depósitos de ahorro. Esta iniciativa culminó con la celebración de un acuerdo de autodisciplina entre las entidades financieras por el que se fijaba la retribución en un máximo del 7%.

Sin embargo, el límite máximo establecido en el acuerdo entre las entidades de crédito del país no fue respetado por todas las sujetos participantes. Ante la incapacidad de las medidas autorreguladoras del mercado para limitar la retribución del ahorro, el gobierno belga promulgó el Real Decreto de 13 de marzo de 1986 por el que se fijaba directamente tanto el tipo de base máximo como el tope de la prima de fidelidad o por incremento para los depósitos amparados por la exención prevista en la legislación fiscal. Esta medida legislativa del gobierno belga constituye el objeto del pronunciamiento del TJCE en el caso *Van Eycke*.

²⁸¹ El juez de paz belga también se dirigió al TJCE para que aclarase la compatibilidad de las medidas fiscales cuestionadas con las normas del Tratado sobre libre circulación de servicios (artículos 49-55 CE). Al

En sus alegaciones ante el Tribunal de Justicia, el cliente afectado afirmaba, básicamente, que la medida estatal recurrida vulneraba las normas de competencia del Tratado por cuanto no era sino una prolongación de los acuerdos preexistentes entre los operadores en el mercado²⁸². Por su parte, el Reino de Bélgica alegó en su defensa que el artículo 81 no era aplicable a las restricciones de la competencia que —como en el presente caso— eran impuestas directamente por los Estados miembros para cumplir con los objetivos de sus respectivas políticas económicas²⁸³. Finalmente, la Comisión propuso al

objeto de delimitar el objeto de nuestro estudio, en adelante se hará referencia únicamente a la respuesta que dio el Tribunal sobre las normas de defensa de la competencia.

En concreto, el juez belga planteó las siguientes cuestiones relacionadas con los artículos 81 y 82 del Tratado:

“1) El régimen legal establecido por Real Decreto de 29 de diciembre de 1983 y confirmado mediante varias adaptaciones por el Real Decreto de 13 de marzo de 1986, relativo a las retribuciones que pueden pagar las entidades financieras por el ahorro captado, régimen que —en la medida en que prolonga bajo forma reglamentaria los acuerdos interbancarios preexistentes o prácticas paralelas destinadas a limitar la retribución de los depósitos de ahorro— consiste en fijar obligatoriamente esa(s) retribución (retribuciones):

a) como tipo uniforme para todos los usuarios del mercado,

b) por otro lado, como un margen que deben respetar los usuarios del mercado en el momento de fijar las retribuciones, so pena de pérdida total, por parte de los clientes ahorradores, del beneficio del régimen fiscal favorable en vigor para los depósitos de ahorro ordinarios, ¿es compatible con las normas comunitarias sobre la competencia, tal como se definen en los artículos 81 (hoy art. 81) y siguientes del Tratado CEE?

2) Sólo en la medida en que se responda afirmativamente a la primera cuestión, letra a), la imposición obligatoria, además de un tipo uniforme en lo que respecta al interés de base asignado por las entidades financieras, de un margen máximo para la prima de fidelidad y/o por incremento que en su caso se devengue, con exclusión de cualquier otra forma de competencia en materia de captación de depósitos, so pena de perder el beneficio fiscal favorable mencionado en la primera cuestión (Real Decreto de 13 de marzo de 1986, artículo 1), ¿es compatible con las normas comunitarias sobre la competencia, tal como se definen en los artículos 81 (hoy art. 81) y siguientes del Tratado CEE?” (Punto 9 de la Sentencia).

²⁸² En particular, la parte demandante entendía que *“el artículo 81 (hoy art. 81) es aplicable en el presente asunto a pesar de que la medida de que se trate reviste la forma de una normativa de los poderes públicos, ya que lo único que hace es prolongar en esencia un acuerdo de mercado que ya existía desde hace muchos años entre las entidades de crédito (...) y que constituye (...) una forma de autorregulación del mercado por las propias empresas”*. Además, el Señor Van Eycke se refirió a la disposición estatal en sí mismo considerada. A este respecto, afirmó que la citada medida no tenía un efecto útil en el marco de la política monetaria del gobierno belga, y que no respetaba el principio de proporcionalidad que debía existir entre la medida adoptada y los objetivos perseguidos (p. 4775 y ss. de la Sentencia).

²⁸³ El Reino de Bélgica, por su parte, señaló que debía establecerse una distinción fundamental al enjuiciar la compatibilidad de las medidas estatales con las normas de competencia del Tratado. Ciertamente, las normas de competencia nada tenían que decir cuando se trataba de una restricción de la competencia impuesta *directamente* por un Estado miembro, como manifestación del ejercicio legítimo de sus competencias. Sin embargo, en aquellos casos en los que la restricción de la competencia era *indirecta* —esto

Tribunal de Justicia que denegase la pretensión del demandante con fundamento en que, entre otras cosas, en el estado de desarrollo del Derecho comunitario no se podía prohibir a los Estados miembros que adoptasen medidas que fijaban directamente la retribución de los depósitos de ahorro²⁸⁴.

A la vista de las alegaciones de las partes, el Tribunal de Justicia recordó que tenía una doctrina consolidada en virtud de la cual, aunque se reconocía que las normas de competencia del Tratado se referían únicamente a las empresas, de la lectura conjunta de los artículos 81 y 82 con el artículo 10 del Tratado se desprendía que los Estados miembros estaban obligados a no adoptar o mantener en vigor medidas –ni siquiera legislativas o reglamentarias– que pudieran anular la eficacia de las normas de la competencia aplicables a las empresas. Para aplicar la doctrina denominada del *efecto útil* era necesario, en opinión de la Corte europea, que se cumpliese una triple exigencia: 1) por una parte, los Estados miembros debían abstenerse de imponer o favorecer prácticas colusorias prohibidas; 2) por otra, tampoco debían reforzar los efectos de prácticas preexistentes; y 3) finalmente, los Estados miembros no debían retirar el carácter estatal a su normativa, delegando en los operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica²⁸⁵.

es, cuando los poderes públicos obligaban o animaban a las empresas a realizar prácticas prohibidas– los artículos 81 y 82 resultaban plenamente aplicables. En el caso *Van Eycke* se trataba de una intervención legislativa directa del gobierno en interés de su política económica que quedaba excluida del ámbito de la prohibición de prácticas restrictivas de la competencia (p. 4777 y ss. de la Sentencia).

²⁸⁴ La Comisión entendía que la disposición que fijaba la retribución de los depósitos de ahorro se inscribía en el marco de la política económica, la cual era entonces competencia de los Estados miembros. En este marco, las autoridades gubernativas nacionales debían optar por aquellos instrumentos de política económica que fuesen más respetuosos con la competencia. En su opinión, aunque el Real Decreto discutido reducía la competencia, no la eliminaba totalmente, por lo que subsistía un nivel de competencia suficiente en el correspondiente mercado.

Por otra parte, la autoridad de competencia comunitaria recordó que hasta entonces siempre se había abstenido de pronunciarse sobre los acuerdos relativos a tipos de interés y que tampoco había adoptado ninguna orientación política en este terreno. En consecuencia, ante la falta de una política en este ámbito, no estaba prohibido que los Estados miembros estableciesen legalmente tipos máximos de interés acreedor, como requisito para no perder los beneficios previstos en la legislación fiscal (p. 4778 de la Sentencia).

²⁸⁵ En otras palabras, los Estados no pueden, en primer término, imponer, favorecer, o reforzar conductas restrictivas de las empresas (condición positiva) y, en segundo lugar, no deben delegar su

Por lo que respecta a las circunstancias del caso contra ASPA, el Tribunal declaró que era evidente que no se cumplía la primera de estas condiciones, pues de las comprobaciones realizadas no se desprendía en modo alguno que el real Decreto de 13 de marzo tuviese por objeto imponer o favorecer la adopción de comportamientos anticompetitivos por los agentes económicos²⁸⁶. Ha de tenerse presente que, aunque existe una doctrina reiterada del TJCE contraria a las disposiciones estatales de esta naturaleza, lo cierto es que el Tribunal raramente utiliza este principio para condenar a un Estado miembro en el curso de un procedimiento²⁸⁷.

Tampoco se verificaba el segundo presupuesto descrito pues, a juicio del Tribunal, no había quedado acreditado que el Real Decreto de 1986 se limitase a ratificar los acuerdos bancarios preexistentes, dotándolos de carácter imperativo²⁸⁸. La Sentencia *Van Eycke* fue bien recibida por la doctrina porque concreta las condiciones que debe reunir una medida estatal que refuerza acuerdos entre particulares. En este sentido, se afirma que de la mera existencia de un pacto anterior a la actuación estatal no se puede deducir necesariamente que se refuerce dicho acuerdo. Es necesario, por contra, que se acredite un doble presupuesto: por una parte, la existencia de una relación de causalidad entre el acuerdo previo y la medida estatal que haga aplicable las normas de la competencia; y, por otra, la obligatoriedad de la medida gubernativa, dotando de un carácter imperativo al mero convenio entre particulares.

Sin embargo, en nuestra opinión, la solución a la que llegó el Tribunal en el presente caso resulta discutible²⁸⁹. El TJCE parece olvidar que unos meses antes de la

potestad reglamentaria en los operadores privados (condición negativa). Vid. D. TRIANTAFYLLOU, *RTDE*, núm. 1, 1996, p. 75.

²⁸⁶ Punto 17 de la Sentencia.

²⁸⁷ Vid. la selección de casos que recogen I. VAN VAEL/ J. F. BELLIS, *Droit de la Concurrence en la CEE*, p. 117 y ss.

²⁸⁸ Punto 18 de la Sentencia.

²⁸⁹ Vid. U. BOEGH HENRIKSEN, *Anti-competitive state measures*, p. 114; J. VICIANO PASTOR, *Libre competencia*, p. 395; y U. EHRLICHE, *World Comp.*, núm. 1, 1990, p. 93 y ss.

promulgación del Real Decreto de 13 de marzo, se adoptó un acuerdo de autodisciplina entre las entidades financieras belgas por el que fijaba un tipo de retribución máximo del 7% (cifra muy similar al 6,25% que establece la propia disposición) y que el Gobierno decidió emitir esta disposición precisamente porque dicho acuerdo no se cumplía en la práctica²⁹⁰. En definitiva, da la impresión de que el Real Decreto de 1986 vulnera la doctrina del *efecto útil* porque tiene su causa en un acuerdo privado precedente y pretende hacerlo vinculante.

Por último, el TJCE declaró que el Real Decreto de 1986 era una medida estatal y que de los hechos conocidos no se podía concluir que el gobierno delegase en las entidades afectadas la toma de decisiones en materia económica que le corresponden a los Estados miembros²⁹¹. Este presupuesto constituye una novedad en la evolución del *case-law* del Tribunal sobre disposiciones estatales pues, hasta ese momento, nunca se había mencionado expresamente el supuesto de que las autoridades públicas encomendasen a los entes privados la decisión en materias de su competencia²⁹².

A la vista de lo anteriormente expuesto, el Tribunal estimó que debía responderse a las preguntas planteadas en el sentido de que la disposición del gobierno belga descrita no era incompatible con las obligaciones que se derivaban, para los Estados miembros, de los artículos 81 y 82 del Tratado, sin perjuicio de un examen más detenido del juez nacional

²⁹⁰ En los propios antecedentes de hecho de la sentencia se reconocía cuál era el objetivo que se perseguía con la disposición discutida: "*Como ese acuerdo (de autodisciplina de las entidades belgas) no fue respetado por todas las entidades financieras, el Ministerio de Hacienda optó por un régimen en el que los poderes públicos determinarían directamente las condiciones de dicha exención fiscal (por medio del Real Decreto de 1986)*" (Punto 7 de la Sentencia). En este sentido, U. EHRICKE (*World Comp.*, núm. 1, 1990, p. 95) afirma que "*la postura del TJCE no era pues muy convincente. Los hechos muestran claramente que la intención del Ministro de Hacienda era dotar de fuerza imperativa a los acuerdos recomendados por la comisión belga, por lo tanto, éste tomó un acuerdo y lo convirtió en una disposición estatal*".

²⁹¹ Punto 19 de la Sentencia.

²⁹² La tercera condición establecida por la sentencia *Van Eycke*, aunque novedosa, tiene claros antecedentes en la jurisprudencia del TJCE, hasta el punto que algunos autores consideran que la resolución meramente reafirma principios ya conocidos. *Vid.* U. BOEGH HENRIKSEN, *Anti-competitive state measures*, p. 115; y U. NEERGAARD, *Competition & competences*, p. 72.

sobre si la disposición nacional se limitaba a ratificar los pactos interbancarios preexistentes²⁹³.

Del pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo en el caso *Van Eycke v. Aspa* se pueden extraer interesantes conclusiones en relación con la competencia bancaria. Desde una perspectiva general, la sentencia confirma que el viejo debate sobre la exclusión del sector bancario del ámbito de las normas de competencia del CE ha perdido hoy toda su vigencia. En esta ocasión, no encontramos referencia alguna a esta posibilidad, ni en las alegaciones de las partes en litigio ni en el propio pronunciamiento del Tribunal. En definitiva, se puede decir que se trata de un principio general que goza de plena aceptación.

Por lo que respecta a los acuerdos sobre tipos de interés es menester hacer dos breves reflexiones. En primer lugar, a nuestro entender, de la sentencia se deduce inequívocamente, aunque no se diga expresamente, que los acuerdos *privados* sobre intereses —es decir, aquéllos celebrados entre las propias entidades— caen en el ámbito de la prohibición de los artículos 81 y 82 CE. Dado que, en virtud de la doctrina *Van Eycke*, las medidas del Estado belga serían ilegales de acreditarse que aprueban o refuerzan acuerdos restrictivos de la competencia adoptados por las entidades de crédito, parece evidente que merecerán el mismo trato los acuerdos de autorregulación de la remuneración de los depósitos adoptados por las instituciones financieras sin el respaldo gubernamental. En suma, si el acto de la autoridad que refuerza una práctica colusoria es ilegal, con mucha más razón lo será la propia acción concertada, con independencia de que cuente o no con apoyo institucional²⁹⁴. Esta conclusión tiene gran importancia pues, como se verá, la

²⁹³ Punto 20 de la Sentencia.

²⁹⁴ En la misma línea *vid.* A. PAPPALARDO, *Le secteur bancaire*, p. 83; D. WAELBROECK, *Le secteur bancaire*, p. 16; H. PIFFAUT, *L'Observateur*, p. 2; VAN DER BEECK, *RIDE*, p. 54; y J. F. BELLIS, *Mélanges Jean Pardon*, p. 15, quienes afirman que el fallo del Tribunal de Justicia en el caso *Van Eycke* lleva a la conclusión —al menos implícita— de que los acuerdos interbancarios sobre intereses son contrarios al artículo 81.1 CE cuando afectan al comercio entre los Estados miembros. En parecidos términos, J. PARDON (*RDAI* 1990, n.º 1, p. 132 y ss.) considera que del caso se pueden extraer las siguientes conclusiones: "1) Es incontestable que, gracias al caso *Züchner*, las entidades de crédito están sometidas al Derecho comunitario de la competencia; 2) Nosotros decimos que a partir de ahora, gracias al caso *Aspa*,

sentencia del TJCE contribuyó a cambiar la posición mantenida hasta entonces por la Comisión respecto de los acuerdos bancarios sobre intereses²⁹⁵.

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia confirma la idea de que el comportamiento anticompetitivo de las entidades de crédito sigue estando prohibido, aunque haya sido aprobado, animado o reforzado por un acto de la autoridad pública. Por tanto, únicamente los convenios de naturaleza pública (impuestos por la autoridad correspondiente) están excluidos de la aplicación de las normas de competencia.

2.3 La Comisión se decide a actuar contra los acuerdos bancarios sobre tipos de interés

Poco tiempo después del fallo del Tribunal de Justicia en el caso *Van Eycke*, el Comisario de competencia, Sr. Leon Brittan, envió una carta a la Federación Bancaria Europea en la que se hacía pública la decisión de la Comisión de cambiar la política que hasta entonces había mantenido respecto de los acuerdos interbancarios sobre tipos de interés²⁹⁶. Con este anuncio las autoridades comunitarias pretendían dar un nuevo paso para acelerar la aplicación de las normas de competencia al sector bancario. Si en la década de los ochenta las decisiones formales adoptadas por la Comisión provocaron que los bancos abandonasen los acuerdos sobre las comisiones que se cobraban por los servicios bancarios en aquellas fechas, esta carta pretendía poner fin a los convenios sobre intereses todavía vigentes en los noventa. “*Tales acuerdos –afirma el comisario– restringen la competencia tanto como los acuerdos sobre precios. La existencia de acuerdos que*

las entidades de crédito están también en principio sometidas cuando captan recursos financieros remunerados mediante intereses pagados a los inversores y, también, aunque la cuestión no haya sido tratada por la jurisprudencia, cuando conceden el crédito; y 3) Existe una excepción a este principio cuando la autoridad, por razones de política económica y, sin duda, por razones de política fiscal –aunque el Tribunal no se haya pronunciado expresamente a este respecto– impone medidas particulares sobre todo en relación con la retribución”.

²⁹⁵ Vid. A. PAPPALARDO, *Le secteur bancaire*, p. 83.

²⁹⁶ Nota de Prensa IP/89/869, de 16 de noviembre de 1989.

establecen ciertos tipos de interés en el plano nacional es contraria a los objetivos de la realización del mercado único y provoca que sean más difíciles de conseguir todos los beneficios esperados de este proceso”.

Ello no obstante, el Sr. Brittan aclaraba que la citada declaración en modo alguno significaba desconocer la legitimidad de los Estados miembros para adoptar aquellas medidas que estimasen necesarias para la consecución de los fines de sus políticas monetarias, pues *“el uso normal de los instrumentos monetarios no restringe las normas de competencia si las autoridades públicas no animan la constitución de cárteles ilícitos o refuerzan sus efectos”*. La cautela expresada por Brittan recuerda inevitablemente la distinción apuntada por el TJCE en los casos *Züchner* y *Van Eycke*, así como las palabras pronunciadas por el Sr. Andriessen en 1981²⁹⁷. En efecto, la *utilización normal* comprendería aquellos supuestos en los que la autoridad pública —en el ejercicio legítimo de sus facultades— fija directamente la retribución de los depósitos; mientras que por *actuación anormal* se entendería tanto aquella por la que los Estados miembros respaldan los acuerdos de intereses alcanzados por las entidades de crédito, como la que tiene lugar cuando la autoridad delega en los bancos de un país la facultad de fijar las condiciones del mercado, en este caso, de los tipos de interés.

La Federación Bancaria Europea respondió al anuncio del comisario de competencia indicando que no tenía conocimiento de la existencia de acuerdos sobre intereses en el seno de la asociación, aunque reconocía que habían existido en el pasado. Según la Federación, lo que todavía perduraba eran las regulaciones estatales que tenían por objeto determinar principios, techos o criterios para limitar los márgenes de libre elección en la fijación de los intereses. Estas regulaciones formaban parte de las políticas monetarias de los Estados miembros, cuya observancia se imponía a las entidades de

²⁹⁷ Vid. B. SOUSI-ROUBI, *Droit Bancaire Européen*, p. 372; y P. MAESTRE CASAS, *Aplicabilidad del Derecho de la competencia*, p. 222.

crédito. Sin embargo, entendían que la libertad para competir perduraba dentro de los estrechos márgenes de actuación permitidos por las regulaciones nacionales²⁹⁸.

En 1991 la Comisión inició una investigación de la situación existente en cada uno de los Estados miembros, enviando a las asociaciones bancarias nacionales (y, en algunos casos, a otras asociaciones) requerimientos formales de información para actualizar los datos que tenía sobre tipos de interés²⁹⁹. En nota de prensa, el Comisario de competencia declaró que, a pesar de su firme declaración de 1989 en favor de la libre fijación de los tipos, no se había notificado ningún acuerdo de esta clase a la Comisión. Sin embargo, el Sr. Brittan avisaba que si los servicios de la Comisión llegaban a tener conocimiento de ellos, actuarían vigorosamente para evitarlos.

La actitud decidida de la Comisión en este ámbito se justificaba, de nuevo, por su preocupación por asegurar que las normas de competencia se aplicasen plenamente al sector bancario. En este sentido, Leon Brittan insistía —con una frase ya célebre— en la importancia que tiene para cada negocio dentro de la Comunidad la existencia de verdadera competencia entre los bancos: “los servicios bancarios son el aceite que lubrica los rodajes de la economía europea. *Son necesarios para todas las empresas, públicas o privadas, grandes o pequeñas. Son especialmente importantes para las pequeñas empresas en las que los costes por los descubiertos o los servicios de crédito pueden ser un dato importante para la supervivencia del negocio, especialmente en tiempos difíciles*”.

Los resultados de la consulta fueron hechos públicos en el verano de 1992³⁰⁰. Del examen de las respuestas de las asociaciones consultadas, la Comisión extrajo una doble conclusión. Por una parte, todas las asociaciones afirmaron que no existían entre ellas

²⁹⁸ *Agence Europe*, boletín núm. 5134, de 18 de noviembre de 1989, p. 9.

²⁹⁹ *Vid.* Nota de prensa IP/91/520, de 5 de junio de 1991 y *XXII Informe sobre la política de competencia [1992]*, p. 433.

³⁰⁰ *Vid.* Nota de prensa IP/92/625, de 24 de julio de 1992 y *XXII Informe sobre la política de competencia [1992]*, p. 433.

acuerdos o recomendaciones en materia de tipos de interés; algunas asociaciones (como la belga o la italiana) decidieron espontáneamente dejar sin efecto sus convenios que, sin embargo, seguían constando por escrito. Por otra, el estudio no revelaba la existencia de acuerdos de esta clase al margen de las asociaciones consultadas; a pesar de ello, la Comisión anunció su intención de mantenerse vigilante al respecto.

En particular, los servicios de la Comisión Europea investigaron tres casos de convenios sobre intereses en Portugal, Luxemburgo y Bélgica. En todos ellos las autoridades comunitarias llegaron a la conclusión de que no era necesario iniciar un procedimiento formal, dada la escasa entidad de los acuerdos examinados o la buena voluntad mostrada por las entidades participantes. En concreto, se trataba de los asuntos siguientes.

En el primero de ellos, la Asociación Portuguesa de Bancos mantenía en vigor un sistema para calcular el tipo de interés medio aplicado por los grandes bancos del país en dos operaciones de crédito (tales tipos eran públicos y variaban notablemente). El tipo medio obtenido se publicaba oficialmente por el Banco Central y en los periódicos de mayor difusión. Sin embargo, del examen de los tipos anunciados se desprendía que el tipo indicativo de la asociación no tenía ningún protagonismo en la fijación real de los intereses y, además, su influencia tendía a disminuir.

En el segundo, la Asociación de Bancos de Luxemburgo renunció a un sistema de recomendación de intereses acreedores y deudores que estaba siendo investigado por los servicios de la Comisión. Se trataba de un procedimiento que establecía los tipos en función de los márgenes de beneficio obtenidos por los bancos.

Finalmente, la Comisión se refirió a un acuerdo de la Asociación Belga para ofrecer condiciones bancarias normalizadas a sus clientes. Básicamente consistía en una lista homogénea de tarifas en la que las cantidades correspondientes a cada servicio se

dejaban en blanco, con excepción del caso de los eurocheques emitidos en el extranjero. La Comisión declaró que la indicación de la tarifa de los eurocheques constituía un acuerdo de precios incompatible con las normas de competencia. En su descargo, la Asociación alegó que se trataba de un error y que había enviado una rectificación a sus miembros, por lo que el expediente fue archivado.

2.4 La Sentencia del TJCE en el caso *Bagnasco* (1999)

La sentencia *Bagnasco* resolvió cuatro cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal de Génova, de conformidad con el artículo 234 CE, cuyo objeto era la interpretación de los artículos 81 y 82 CE en relación con determinadas normas bancarias uniformes impuestas por la Asociación Bancaria Italiana (ABI) en los contratos relativos a la apertura de crédito en cuenta corriente y al afianzamiento en general³⁰¹. Las cuestiones se suscitaron en el marco de los recursos presentados por el Sr. Bagnasco y sus fiadores contra dos órdenes judiciales por las que el mencionado tribunal italiano les había conminado a devolver unos créditos concedidos por *Banca Popolare di Novara* (BNP) y *Cassa di Risparmio di Genova e Imperia* (Carige)³⁰². Los demandantes alegaron la incompatibilidad de las órdenes de pago controvertidas con las normas de competencia del Tratado, solicitando al Tribunal que declarase su invalidez o ineficacia.

El problema de fondo en este caso consistía en determinar si las condiciones bancarias uniformes impuestas por las asociaciones de bancos a sus miembros, en cuanto podían afectar a su libertad de actuación en el mercado, eran compatibles o no con la

³⁰¹ Sentencia del TJCE de 21 enero 1999, asuntos acumulados C-215/96 y C-216/96–*Bagnasco v. Banca Popolare di Novara (BPN) & Casa di Risparmio di Genova e Imperia (Carige)*, Rec. 1999, p. I135 y ss. Vid. las crónicas de C. GINER PARREÑO/ A. M. TOBÍO RIVAS, *DN*, núm. 101, 1999, p. 86 y ss.; y A. TAPIA HERMINA, *RDBB*, núm. 79, 2000, p. 252 y ss.

³⁰² El texto de la resolución del *Tribunale di Genova* de 21 de mayo de 1996 se publicó en *BBTC*, núm. 1, 1998, parte II, p. 97 y ss. con un comentario de D. SARTI (p. 103 y ss.).

legislación comunitaria *antitrust*³⁰³. Pero la sentencia *Bagnasco* tiene también una gran relevancia en el ámbito más limitado de este trabajo por cuanto el TJCE se pronunció sobre la validez de determinadas cláusulas en particular, entre las que se encontraba convenio sobre modificación de los tipos de interés en los contratos de apertura de crédito celebrados en Italia³⁰⁴.

En efecto, en lo que hace al objeto de esa exposición, el tribunal italiano sometió a la consideración del TJCE la cuestión de la licitud *antitrust* de las normas bancarias dictadas y aplicadas de forma uniforme y vinculante por los miembros de la ABI, en la medida en que fijaban el tipo de interés aplicable a los contratos de apertura de crédito en cuenta corriente. El tribunal italiano preguntó al TJCE tanto si dichas normas bancarias uniformes constituían una práctica concertada contraria al artículo 81, como si su aplicación podía considerarse una explotación abusiva de una posición dominante colectiva en el mercado, en el sentido del artículo 82 CE³⁰⁵.

³⁰³ Así, P. MAESTRE CASAS, *La Ley, supl. Unión Europea*, núm. 4786, 1999, p. 6. En general, en torno a las reglas uniformes de las asociaciones bancarias, *vid.* la monografía de L. C. UBERTAZZI, *Concorrenza e norme bancarie uniformi*.

³⁰⁴ Como señalan M. SHERIDAN y R. BRENT (*Banks and remedies*, p. 125), la sentencia no declaró con carácter general que los artículos 81 y 82 eran inaplicables a las normas uniformes de las asociaciones bancarias sino, meramente, que las cláusulas sobre modificación unilateral de los tipos de interés (entre otras) no vulneraban dichos preceptos si se cumplían determinadas condiciones.

³⁰⁵ El texto completo de las cuestiones planteadas puede consultarse en el DOCE núm. C 74/16, de 8 de marzo de 1997, Petición de decisión prejudicial presentada mediante resolución del Tribunale di Genova— Sezione Sesta Civile, dictada el 18 de diciembre de 1996, en el asunto entre 1) *Palmira Ieropoli*, 2) *Giovani Sgambellone y Banca Carige Spa*. En relación con las normas uniformes aplicables a los intereses, el tribunal italiano sometió a la consideración del TJCE las preguntas siguientes:

“1) Si las normas bancarias uniformes impuestas por la ABI (Asociación Bancaria Italiana) a sus asociados en relación con los contratos de apertura de crédito en cuenta corriente, en la medida en que son dictadas y aplicadas de manera uniforme y vinculante por los bancos miembros de la ABI, son compatibles, en la parte en que someten la apertura de crédito a un régimen de fijación del tipo de interés no previamente determinado ni determinable por el cliente, con la norma prevista en el artículo 81 del Tratado, ya que pueden afectar al comercio entre los Estados miembros, y que tienen por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común.

2) ¿Qué efectos puede producir el eventual reconocimiento de la incompatibilidad a la que se refiere la cuestión (1) sobre las correspondientes cláusulas de los contratos de apertura de crédito en cuenta corriente celebrados posteriormente por los bancos asociados individualmente por los clientes, puesto que cabe considerar que el conjunto de los bancos asociados a la ABI ocupa una posición dominante colectiva en el mercado nacional del crédito, en el sentido y por efecto del artículo 82, con arreglo al

2.4.1 Normas uniformes sobre intereses y artículo 81 CE

La ABI es una asociación de empresas a los efectos de aplicar el Derecho *antitrust* pues, aunque el Tratado CE no las define, en general se habla de *asociación* cuando se reúnen un grupo de empresas pertenecientes a la misma rama en torno a un órgano de coordinación, para defender sus intereses comunes frente a organismo públicos y al público en general³⁰⁶. Las normas uniformes adoptadas en su seno constituyen una decisión de asociación de empresas, en el sentido del artículo 81.1 CE. A estos efectos, es irrelevante que las reglas comunes tengan o no carácter vinculante desde el punto de vista jurídico, ya que lo que verdaderamente importa es la influencia que ejercen en la actuación de sus miembros en el mercado³⁰⁷. En el presente caso, el tribunal genovés destacó que las normas citadas eran aplicadas por la totalidad de los bancos italianos en sus relaciones con la clientela³⁰⁸.

El objeto del litigio estaba constituido por determinadas cláusulas insertas en los contratos de apertura de crédito celebrados tanto por BNP como por Carige, de acuerdo con las normas uniformes aprobadas por la Asociación Bancaria Italiana. Dichas disposiciones se referían a la aplicación, en los contratos de apertura de crédito, de un tipo de interés anual en torno al 17%, más una comisión del 0,125% sobre el saldo deudor máximo por cada trimestre natural o fracción de trimestre. Además, se fijaba el tipo de interés con carácter variable, *en función de las variaciones acaecidas en el mercado*; reservándose al banco concedente la facultad de modificar unilateralmente los intereses del

cual la aplicación concreta de la norma de la norma examinada (en lo que se refiere a la fijación del tipo de interés adecuado) se configura como explotación abusiva?".

³⁰⁶ Vid. M. WAELBROECK/ A. FRIGNANI, *Derecho Europeo de la Competencia*, p. 175.

³⁰⁷ Así, B. GOLDMAN/ A. LYON-CAEN/ L. VOGEL (*Droit commercial européen*, p. 365) quienes señalan que “*poco importa la calificación que el órgano social atribuya a su decisión: una recomendación que puede estar desprovista de carácter obligatorio, equivale a una decisión en el sentido del artículo 81*”. Respecto de las recomendaciones de precios, vid. M. R. QUINTÁNS EIRAS, *RDBB*, núm. 58, 1995, p. 509 y ss.

³⁰⁸ Punto 6 de la Sentencia.

crédito, con la única condición de que lo anunciase públicamente en la forma que estimase más oportuna. Así las cosas, sólo la fijación inicial de los intereses se dejaba a la negociación directa de los bancos con la clientela pues, a lo largo de la vida del crédito, correspondía únicamente al banco decidir el momento en el que se realizaban las modificaciones y las modalidades de su comunicación a los clientes³⁰⁹.

Con posterioridad a la celebración de los contratos controvertidos, la ABI decidió notificar las condiciones uniformes tanto a la Comisión Europea como al Banco de Italia, como autoridad nacional competente en materia de infracciones a la libre competencia en el sector bancario³¹⁰. La Comisión comunicó a la autoridad italiana que tenía intención de limitar su examen a tres de los veintitrés convenios notificados, pues entendía que la mayor parte de estos acuerdos no afectaban de manera sensible a la competencia entre los Estados miembros; en unos casos, porque se trataba de operaciones que por su propia naturaleza se limitaban al territorio nacional; y, en otros, porque la participación de entidades extranjeras era limitada³¹¹. En particular, los acuerdos incluidos en su propia competencia se referían a las cláusulas que regulaban la apertura de crédito en divisas extranjeras y a las condiciones aplicables a los servicios de cobro o de aceptación de los efectos, documentos o títulos de crédito en Italia y en el extranjero³¹².

³⁰⁹ Puntos 7-10 de la Sentencia.

³¹⁰ En el Ordenamiento italiano, las potestades de supervisión del mercado bancario y de vigilancia de las conductas contrarias a la competencia se concentran en el mismo órgano: la *Banca d'Italia*. Esta situación podía llevar a situaciones contradictorias con anterioridad a la UME pues es sabido que, en materia de tipos de interés, era frecuente que las restricciones de la competencia estuviesen incitadas por las autoridades monetarias nacionales. Así las cosas, no era difícil de imaginar el caso de que se reuniese en la misma entidad las cualidades de instigador de las infracciones y órgano encargado de juzgarlas. Un análisis crítico de la concentración de atribuciones en el Banco de Italia puede verse en N. SALANITRO, *BBTC*, núm. 6, 1996, parte I, p. 762; y G. BERNINI, *Homenaje al prof. Verdere*, p. 262.

³¹¹ Según la Comisión "por una parte, los servicios bancarios de que se trata se limitan al territorio nacional y se refieren a actividades económicas que, por estipulación contractual o por su propia naturaleza, sólo deben ejercerse en el territorio italiano o tienen una influencia muy reducida en los intercambios entre los Estados miembros y (...), por otra parte, la participación de las filiales o sucursales de entidades financieras no italianas era limitada", (Punto 15 de la Sentencia).

³¹² *Vid.* Punto 16 de la Sentencia.

Por su parte, el Banco de Italia emitió una decisión en la que declaró que las normas uniformes aplicables tanto a la apertura de crédito como al afianzamiento en general podían afectar al juego de la libre competencia³¹³, en cuanto eran susceptibles de restringir la utilización de la diversificación del contenido negocial del contrato como instrumento para captar clientela³¹⁴. Como consecuencia de los habituales contactos previos con los servicios de competencia, la asociación italiana decidió eliminar las cláusulas consideradas restrictivas, al objeto de evitar las multas que de otro modo se le podrían imponer. Además, el Banco de Italia instó a la ABI a precisar que dichas normas uniformes constituían una mera orientación, carente de cualquier valor vinculante, que tampoco tenían valor de recomendación y que, en consecuencia, cualquier miembro podía elegir libremente si deseaba o no aplicarlas³¹⁵.

Con estos antecedentes, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas examinó la cuestión de fondo en este asunto, es decir, la compatibilidad de las estipulaciones contractuales sobre intereses con el artículo 81 CE. Al respecto, la parte demandante afirmaba que los bancos italianos habían llegado a un acuerdo para fijar los tipos aplicables a la clientela, de forma que el cliente no podía encontrar diferencias significativas entre las condiciones que le ofrecían unas entidades y otras. Además las entidades de crédito se reservaban la facultad de modificar unilateralmente el contrato, con lo que la única opción que le quedaba al cliente era la resolución del mismo. Sin embargo, el Sr. Bagnasco estimaba que dicha solución era meramente hipotética, pues en caso de llevarse a cabo, el cliente encontraría graves dificultades para encontrar una entidad que le ofreciese condiciones alternativas. En estos términos, las restricciones de la competencia descritas afectaban a la libertad de intercambios dentro de la Comunidad por cuanto que

³¹³ Decisión núm. 12 de la *Banca d'Italia* de 3 diciembre 1994, *Associazione Bancaria Italiana*, publicada en *BBTC*, núm. 4, 1995, parte II, p. 393 y ss.; con una nota de N. SALANITRO, p. 415 y ss.

³¹⁴ *Vid.* Punto 15 de la Decisión y N. SALANITRO, *BBTC*, núm. 6, 1996, parte I, p. 765.

³¹⁵ Sobre este particular, la *Banca d'Italia* afirma que “teniendo en cuenta la actitud de activa colaboración asumida por la ABI en el curso de la instrucción (...) se resuelve no aplicar las sanciones que determina el artículo 15 de la Ley 287/1990” (Punto 50 de la Decisión).

debilitaban la posición del deudor principal y del fiador frente a un banco italiano, respecto de los mismos sujetos obligados frente a un banco de otro Estado miembro³¹⁶.

En sentido contrario, las entidades demandadas alegaron que no estaba acreditado el presunto paralelismo de conductas y que, en todo caso, el régimen discutido era compatible con el artículo 81 del Tratado, en la medida en que no afectaba al comercio entre los Estados miembros. En parecidos términos, la Comisión afirmó que, aunque no cabía excluir que las condiciones citadas restringiesen la competencia (pues limitaban la libertad contractual de los bancos asociados), éstas no eran contrarias al artículo 81 CE por carecer de dimensión comunitaria³¹⁷.

A pesar de que la principal defensa de las entidades demandadas consistía en negar que las condiciones uniformes sobre intereses afectasen a los intercambios comerciales entre los Estados miembros, la sentencia prescinde de cualquier referencia a esta cuestión al examinar las cláusulas sobre intereses³¹⁸. Y esta omisión resulta más sorprendente si se tiene presente que este fue precisamente el argumento utilizado por el TJCE para responder a la tercera pregunta sobre condiciones uniformes en contratos de afianzamiento general³¹⁹. En efecto, al hablar del contrato de afianzamiento, el tribunal comunitario declaró que a pesar de que el acuerdo afectaba al conjunto de los bancos italianos, cabía excluir que las normas uniformes tuviesen dimensión comunitaria en atención a la especial naturaleza de los servicios afectados³²⁰. Al respecto, cabe recordar que en el pasado se había solicitado el

³¹⁶ Vid. Puntos 24-26 de la Sentencia.

³¹⁷ Vid. Puntos 27-31 de la Sentencia.

³¹⁸ Al respecto, diversos autores han criticado la conveniencia de que el TJCE se pronunciase sobre el fondo de un asunto que, a su entender, carecía de dimensión comunitaria. Por ello, D. SARTI (*BBTC*, núm. 1, 1998, parte II, p. 109) se pregunta por qué el tribunal genovés acudió al TJCE cuando podía simplemente sancionar las prácticas restrictivas de conformidad con la legislación de competencia italiana y con la decisión precedente del Banco de Italia.

³¹⁹ Vid. Puntos 46 y ss. de la Sentencia.

³²⁰ En este punto, la sentencia *Bagnasco* es innovadora porque tradicionalmente la jurisprudencia comunitaria solía entender que el mero hecho de que un acuerdo se extendiese a todo el territorio de un

parecer de la Tribunal de Justicia sobre cuestiones muy similares, sin que éste considerase oportuno pronunciarse sobre los mismos³²¹.

En definitiva, dejando al margen la problemática relativa a la afectación de los intercambios en la Comunidad, el objeto principal de la sentencia consistió en determinar si las cláusulas sobre intereses controvertidas restringían, impedían o falseaban el juego de la libre competencia en el mercado bancario italiano. En primer término, respecto de la cláusula que imponían el carácter variable de los intereses, otorgando al banco la facultad de modificar el tipo convenido en función de elementos de referencia, el TJCE declaró que se trataba de una estipulación consustancial a la naturaleza del contrato de apertura de crédito. Cuando además, como en el presente caso, la modificación de los tipos de interés dependía de criterios objetivos —tales como las variaciones producidas en el mercado monetario— un acuerdo que meramente excluía la facultad de imponer un tipo de interés fijo no tenía efectos sensibles sobre el juego de la competencia en el mercado³²².

Estado miembro, bastaba por sí mismo para considerar que afectaba al comercio intracomunitario. *Vid. J. FAULL/ A. NIKPAY, The EC law of Competition*, p. 98.

³²¹ En efecto, en febrero de 1992 el mismo tribunal había preguntado a la Corte sobre la legitimidad de las normas bancarias elaboradas unilateralmente por iniciativa de una asociación de ámbito nacional y aplicadas de forma uniforme por todas las entidades del país. Además, se sometía a la consideración del TJCE si la legislación *antitrust* era aplicable también a las relaciones banca-cliente derivadas de las condiciones generales del contrato de cuenta corriente, adoptadas uniformemente por el sector del crédito (Petición de decisión prejudicial presentada mediante resolución del *Tribunale de Génova* —Sesta Sezione Civile— de fecha 11 de febrero de 1992, en el asunto C-79/92 entre *Credito Italiano SpA* y *Giuseppe Conte*, DOCE núm. C 113/6, de 1 de mayo de 1992; archivada mediante auto del TJCE de 18 de septiembre de 1992, DOCE núm. C 278/6, de 27 de octubre de 1992). En otro asunto, el *Tribunale d'Alessandria* preguntaba si era compatible con los artículos 81 y 82 del Tratado CE el hecho de tener formularios uniformes para la celebración de contratos de apertura de crédito y de fianza, en los que se fijaban los tipos de interés activos aplicables por los bancos miembros de la asociación (Petición de decisión prejudicial presentada mediante resolución del *Tribunale de Alessandria* —Sala Primera de lo Civil— de fecha 28 de marzo de 1992, en el asunto C-266/92 entre *Gabriella Semini* y *Cassa di Risparmio di Alessandria*, DOCE núm. C 189/10, de 28 de julio de 1992; archivada mediante auto del TJCE de 22 de junio de 1993, DOCE núm. C 222/12, de 18 de agosto de 1993). Sobre el particular, *vid. P. MAESTRE CASAS (La Ley, supl. Unión Europea*, núm. 4786, 1999, p. 7), quien considera que, en el presente asunto, el TJCE ha adoptado una actitud más valiente que en los casos precedentes.

³²² *Vid.* Punto 35 de la Sentencia.

En segundo lugar, en relación con la cláusula según la cual los bancos comunicaban las modificaciones a sus clientes exponiéndolas en sus locales o en la forma que estimasen más conveniente, el Tribunal consideró que no existía restricción de la competencia alguna, pues no se prohibía a los bancos optar por la forma de comunicación que considerasen más apropiada³²³. Por todo ello, el Tribunal de Justicia respondió a la primera cuestión planteada por el *Tribunale di Genova* en el sentido de que, las cláusulas controvertidas no tenían por objeto o efecto restringir la competencia en el sentido del artículo 81.1 del Tratado.

La solución a la que llega el tribunal puede considerarse acertada pues, a nuestro entender, el examen de las cláusulas controvertidas no encontraba fácil acomodo en las normas comunitarias de defensa de la competencia³²⁴. Ciertamente, el estudio de la legitimidad de prácticas tales como la modificación unilateral de los contratos de apertura de crédito corresponde a la disciplina de la defensa de los consumidores y usuarios y las regulaciones específicas adoptadas a tal efecto³²⁵. Ello no obstante, no se puede descartar

³²³ Vid. Punto 36 de la Sentencia.

³²⁴ Vid. E. DÍAZ RUIZ, *RDBB*, núm. 77, 2000, p. 204.

³²⁵ En este sentido, la legislación italiana contempla expresamente la facultad de modificar el contrato de apertura de crédito que responde a la necesidad de adaptar las condiciones del contrato a la situación económica del momento. Si bien se reconoce que existen formas menos restrictivas de adaptar las citadas cláusulas a la realidad del mercado (por ejemplo, mediante condiciones ligadas a parámetros objetivos), no es menos cierto que el hecho de que normalmente se conceda el *ius variandi* al banco se debe a que puede resultar necesario que se le otorgue un cierto margen de discrecionalidad para valorar todas las circunstancias que inciden en la subida o bajada de los intereses. Vid. D. SARTI, *BBTC*, núm. 1, 1998, parte II, p. 115 y ss. En nuestro país, la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (B.O.E. núm. 176, de 24 de julio) establece con carácter general la nulidad de las cláusulas que supongan la reserva al profesional de las facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato (Disposición Adicional Primera, I, 2ª). Sin embargo, el mismo precepto contempla una excepción en el supuesto de modificación unilateral de los tipos de interés y otros gastos relacionados con los servicios financieros “cuando aquellos se encuentren adaptados a un índice (...) a condición de que el profesional esté obligado a informar de ello en el más breve plazo posible a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato”. Vid. J.J. NAVARRO CHINCHILLA, *Condiciones generales*, p. 552-553. En consecuencia, cabe concluir que la normativa interna de ambos países permite a los bancos reservarse la facultad de modificar unilateralmente el tipo de interés que conceden en sus contratos de crédito, siempre y cuando se cumplan determinadas condiciones.

que en el futuro otras cláusulas bancarias uniformes puedan ser consideradas restrictivas de la competencia³²⁶.

2.4.2 Normas uniformes sobre intereses y artículo 82 CE

En las preguntas segunda y cuarta de la cuestión prejudicial se sometía a la consideración del Tribunal la posibilidad de que la aplicación de las reglas uniformes sobre intereses constituyesen una explotación abusiva de una posición dominante en el sentido del artículo 82 del Tratado.

Hasta el momento presente, ni el Tribunal de Justicia ni la Comisión han emitido resolución formal alguna para condenar a un banco por abuso de su posición de dominio en el mercado del crédito. Generalmente los criterios estructurales (y muy especialmente la cuota de mercado) son los primeros que se analizan para determinar si una empresa ostenta una posición dominante³²⁷. Desde esta perspectiva, es difícil que una entidad de crédito reúna la cuota de mercado requerida para poder ejercer una influencia preponderante en el mercado, dado el reducido nivel de concentración que existe en el sector. Sin embargo, la consolidación reciente de la noción de posición dominante colectiva en las instancias comunitarias, puede llevar a la conclusión de que determinados bancos ostenten una posición preponderante respecto de servicios específicos comunes (tales como sistemas de pagos, redes de cajeros automáticos, etc.) o a través de asociaciones sectoriales de ámbito nacional³²⁸.

³²⁶ Así, por ejemplo, D. SARTI (*BBTC*, núm. 1, 1998, parte II, p. 119 y ss.) afirma que incluso el ejercicio del *ius variandi* podría resultar contrario a la libre competencia en determinadas circunstancias. Así ocurre cuando 1) se incluya una cláusula que prohíba la modificación a la baja de los intereses; 2) se prevean condiciones diferentes para los nuevos clientes que para los que ya tenían concertado el crédito, es decir, cuando esta potestad unilateral se utiliza como un instrumento de captación de clientela; y 3) se modifiquen los intereses no para adaptarse a la situación económica sino de acuerdo con la política competitiva de los bancos.

³²⁷ Vid. M. WAELBROECK/ A. FRIGNANI, *Derecho Europeo de la Competencia*, p. 309.

³²⁸ Aunque hasta la fecha no se haya publicado ninguna decisión o sentencia aplicando el artículo 82 CE a la banca, cabe afirmar que dicho precepto “*conserva potencialmente todo su interés en el sector bancario*”, D. WAELBROECK, *Le secteur bancaire*, p. 19.

En este sentido, ha de recordarse que en el caso de la Asociación Bancaria Italiana que estamos analizando, la Comisión había declarado, con carácter previo, que el hecho de que la ABI agrupase a la práctica totalidad de los bancos establecidos en Italia no era suficiente para llegar a la conclusión de que sus miembros disfrutaban conjuntamente de una posición dominante. En todo, aunque existiese tal posición preponderante, los servicios de competencia entendían los comportamientos denunciados ante el tribunal italiano no constituían un abuso de dicha posición³²⁹.

En la línea mantenida por la Comisión, el Tribunal de Justicia confirmó que la modificación unilateral de los intereses en los contratos de apertura de crédito no constituía, en modo alguno, una conducta de carácter abusivo³³⁰. Dado que no existía ningún abuso, el tribunal declaró que no era preciso examinar si se cumplía el otro presupuesto del artículo 82 CE, es decir, si las empresas denunciadas detentaban una posición dominante en el mercado³³¹. Así las cosas, a nuestro entender la sentencia ha dejado sin resolver la difícil cuestión de la aplicabilidad del artículo 82 CE a las asociaciones bancarias nacionales por lo que, en cierta medida, rebaja el interés que siempre han suscitado los pronunciamientos del Tribunal de Justicia respecto de la competencia bancaria. Baste recordar que las anteriores sentencias del TJCE en los casos *Züchner* y *Van Eycke*, constituyeron dos hitos en el desarrollo posterior de la política *antitrust* comunitaria en materia de comisiones e intereses respectivamente³³².

³²⁹ Vid. Puntos 56-57 de la Sentencia.

³³⁰ En este punto la sentencia se remite a la primera cuestión planteada, en la que se afirmaba que la variación de los tipos de interés en función de elementos objetivos, no podía constituir una práctica abusiva o discriminatoria (punto 59 de la Sentencia).

³³¹ Vid. Punto 59 de la Sentencia.

³³² Vid. P. MAESTRE CASAS, *La Ley*, *supl. Unión Europea*, núm. 4786, 1999, p. 8.

2.5 Política actual de la Comisión

En nuestros días, los servicios de competencia comunitarios mantienen una actitud firme contra los acuerdos bancarios sobre intereses, de manera que cualquier conducta *privada* de los bancos dirigida a convenir el tipo de interés que conceden, será investigada y sancionada por los servicios de competencia comunitarios. Además, tras el establecimiento por la mayoría de los países comunitarios de la Unión Monetaria Europea, han desaparecido los inconvenientes que generaban los convenios sobre intereses de naturaleza *pública*, es decir, aquellos celebrados a instancias de las autoridades monetarias de algún Estado miembro. Finalmente, cabe la posibilidad de que se planteen dificultades en aquellos Estados que no se han incorporado a la UME –y que por tanto conservan sus competencias en materia monetaria– si bien la solución en este caso dependerá de la interpretación que se dé en el futuro a la doctrina del TJCE sobre medidas estatales restrictivas de la competencia.

2.5.1 Acuerdos sobre intereses de naturaleza privada

En la actualidad la Comisión mantiene una posición firme al objeto de impedir que las entidades de crédito realicen prácticas colusorias en el terreno de la retribución de los depósitos y de los préstamos. Como resultado de la actuación de los servicios de competencia en este ámbito –al igual que ocurriera con la investigación sobre comisiones en la década de los ochenta– se constata que, en la actualidad, las asociaciones bancarias nacionales se abstienen de fomentar de forma generalizada la fijación colectiva de los intereses de las operaciones activas y pasivas entre las entidades de crédito comunitarias.

2.5.2 Acuerdos de naturaleza pública en los países pertenecientes a la UME

La entrada en vigor de la Unión Monetaria Europea, ha contribuido a eliminar en los países que se han adherido a la UME, la tradicional *coartada* de la política monetaria

nacional para evitar la aplicación del Derecho *antitrust* comunitario. En efecto, hoy resultaría difícil alegar ante la Comisión que las disposiciones sobre intereses adoptadas por una asociación bancaria nacional son consecuencia de una decisión del poder político, pues los Estados miembros de la UME carecen de la facultad de regular los tipos de interés³³³.

Al respecto, conviene recordar las notas más destacadas del enorme avance que ha supuesto la Unión Monetaria Europea en el proceso de integración europea. Ciertamente, la entrada en vigor de la Tercera Fase de la UME entraña la cesión por los Estados miembros de sus competencias en asuntos monetarios al Sistema Europeo de Bancos Centrales. Como establece el artículo 105 del Tratado CE, entre las funciones básicas del SEBC se encuentra “*definir y ejecutar la política monetaria de la Comunidad*”.

El Tratado de Maastrich estableció las bases del espacio monetario europeo³³⁴. El artículo 4 CE señala los principios de la política económica y monetaria comunitaria, que implicará “*la fijación irrevocable de los tipos de cambio con vistas al establecimiento de una moneda única, el euro, la definición y la aplicación de una política monetaria y de cambios única cuyo objetivo primordial sea mantener la estabilidad de precios y, sin perjuicio de dicho objetivo, el apoyo a la política económica general de la Comunidad, de conformidad con los principios de una economía de mercado abierta y de libre*

³³³ Vid. E. DÍAZ RUIZ, *RDBB*, núm. 77, 2000, p. 201.

³³⁴ Si bien es cierto que el Tratado de Maastrich es el que establece los pilares de la UME, no lo es menos que, como señala A. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ (*Manual de Economía y Política de la UE*, p. 329), en las versiones anteriores del Tratado CE se encontraban ya precedentes de la Unión Monetaria. Ciertamente, el Tratado de Roma, en sus artículos 103 a 108 CEE, hacía referencia a la política económica en materia de estabilidad de precios, equilibrio en la balanza de pagos y estabilidad cambiaria, pero no otorgaba competencias a la Comunidad en estos ámbitos. El Acta Única Europea de 1986 supuso un pequeño avance hacia la Unión Monetaria. Su artículo 20 recomendaba a los Estados miembros la cooperación a fin de garantizar la convergencia de las políticas económicas y monetarias para el desarrollo ulterior de la Comunidad y todo ello teniendo en cuenta las experiencias adquiridas en el marco del Sistema Monetario Europeo (SME) y del desarrollo del euro. Además, declaraba que se convocaría una Conferencia Intergubernamental cuando el desarrollo de la política económica y monetaria exigiese cambios institucionales. En definitiva, daba la impresión que el Acta Única estaba invocando la reforma del SME y el progreso hacia la Unión Monetaria.

competencia". A la descripción de la política monetaria de la Comunidad se dedican los Capítulos 2º a 4º del Título VII (artículos 105 a 124) del Tratado CE³³⁵.

En este marco, los Estados participantes han perdido –entre otras muchas atribuciones– la posibilidad de modificar el tipo de cambio nominal respecto del resto de países de la zona del euro, la capacidad para establecer los tipos de interés e, incluso, una cierta autonomía fiscal pues, aunque esta política sigue siendo competencia estatal, se halla claramente mediatizada por su estrecha relación con la política monetaria³³⁶. Por lo tanto, como se ha dicho, las entidades de crédito de los países participantes en la UME ya no pueden ampararse en disposiciones monetarias estatales para excluir la aplicación de las normas de competencia del Tratado a aquellas situaciones en las que la competencia sobre los tipos de interés está restringida.

A pesar del cambio en el reparto de poderes sobre los asuntos económicos y monetarios que se ha producido, es preciso seguir prestando atención a los tipos de interés

³³⁵ La consecución de la Unión Monetaria fue el resultado de un proceso gradual que requería el ajuste de las economías participantes. En este proceso se distinguen tres fases. En la primera de ellas –de julio de 1990 a diciembre de 1993– se trataba básicamente de desarrollar una serie de programas plurianuales tendientes a corregir los principales desequilibrios macroeconómicos. El Tratado de Maastrich establece el comienzo de la segunda fase en enero de 1994 y fija como fecha límite para el inicio de la tercera el mes de enero de 1999. En este período intermedio se planteaba como objetivo prioritario la coordinación de las políticas económicas y monetarias al objeto de cumplir con los criterios de convergencia requeridos para acceder al euro, y la creación de las instituciones necesarias para el funcionamiento de la Unión Monetaria: el BCE y el SEBC. Finalmente, en enero de 1999 dio comienzo la tercera etapa con la fijación irrevocable de los tipos de cambio entre las monedas nacionales, la atribución de la política monetaria a las nuevas instituciones comunitarias designadas para ello, el inicio de las transacciones al exterior en euros y la emisión de deuda pública en esta moneda. En esta fecha comienza propiamente la Unión Monetaria Europea, aunque hasta enero del 2002 no comenzará la circulación del euro en billetes y monedas. Posteriormente, durante un período transitorio de seis meses, el euro se utilizará conjuntamente con las monedas de cada país, pero transcurrido dicho plazo de adaptación las monedas nacionales serán sustituidas definitivamente por la moneda de la Comunidad. Sobre las diferentes etapas de la Unión Monetaria *vid.*, entre otros, J. V. LOUIS/ J. C. SÉCHÉ/ M. WOLFCARIUS/ T. MARGELLOS/ J. F. MARCHIPONT, *Commentaire Megret* 6; R. CHEMAIN, *L'union économique et monétaire*, p. 9 y ss.; A. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, *Manual de Economía y política de la UE*, p. 329 y ss.; R. MUÑOZ DE BUSTILLO LLORENTE/ R. BONETE PERALES, *Introducción a la UE*, p. 167 y ss.

³³⁶ Como señala L. DE GUINDOS (*La política económica del Euro*, s/p), la pérdida de estas tres competencias supondrá un importante reto para las autoridades nacionales encargadas de dirigir la política económica.

como instrumentos de política monetaria en el marco de la Unión Monetaria Europea. Es posible, incluso, que su importancia aumente como consecuencia de la desaparición de la posibilidad de modificar el tipo de cambio entre los países que comparten la moneda única³³⁷. Sin embargo, tampoco se puede olvidar que –de acuerdo con un principio ampliamente reconocido en la teoría económica– la intervención de los bancos centrales sobre la economía se produce fundamentalmente a través de técnicas de mercado abierto (por ejemplo, a través de la compra y venta de bonos del Estado), las cuales no plantean problemas desde la óptica *antitrust*. Y razonablemente cabe esperar que esta tendencia se mantenga e incluso se refuerce en el marco de la nueva Unión Monetaria, de modo similar a lo que ocurre con la Reserva Federal de los Estados Unidos³³⁸.

En cualquier caso, todo apunta a que la política monetaria dirigida por el Sistema Europeo de Bancos será más acorde con las exigencias del libre mercado pues, por imperativo del artículo 4 CE, la política monetaria del SEBC debe perseguir el objetivo de la estabilidad de precios y el apoyo de la política económica general *basada en los principios de libre competencia y economía de mercado abierta*. Por consiguiente, cabe afirmar que los tipos de interés seguirán siendo un instrumento esencial de la política monetaria, pero en manos de unas autoridades más *sensibles* a las exigencias del libre mercado.

2.5.3 Acuerdos de naturaleza pública en los países que no participan en la UME

Por último, es menester tener muy presente que miembros muy destacados de la Unión Europea –como el Reino Unido, Suecia y Dinamarca– no participan en el espacio monetario europeo. Por tanto, respecto de estos cuatro países, es posible que las decisiones de las autoridades monetarias nacionales en materia de tipos de interés sigan planteando dificultades desde la óptica del Derecho de la competencia. Como es sabido,

³³⁷ En este sentido se pronuncia L. DE GUINDOS, (*La política económica del Euro*, s/p).

³³⁸ Vid. por todos, SAMUELSON/NORDHAUS, *Economía*, p. 489 y ss.

el TJCE tiene una doctrina consolidada que distingue entre acuerdos *privados* sobre intereses y disposiciones de las autoridades públicas en el ejercicio de sus competencias en asuntos monetarios. Sin embargo, se ha suscitado un interesante debate en la doctrina acerca de la posibilidad de extender el análisis *antitrust* también a las medidas públicas restrictivas no vinculadas a conductas de los particulares. Merece la pena detenerse, siquiera brevemente, en el análisis de esta polémica que podría extender de manera extraordinaria los poderes de supervisión de los servicios de competencia de la Comisión sobre la industria bancaria.

En efecto, una cuestión que en la actualidad suscita uno de los más interesantes debates doctrinales en el ámbito del Derecho de la competencia, consiste en determinar qué consideración merecen las medidas públicas que directamente limitan la competencia en el mercado pero que, ni tienen conexión alguna con prácticas colusorias previas de las empresas, ni guardan una relación de causalidad con posteriores iniciativas anticompetitivas de las entidades particulares.

Como se ha tenido ocasión de exponer al hablar del caso *Van Eycke*, el TJCE tiene una doctrina reiterada en virtud de la cual, de la lectura conjunta de los artículos 3 (f), 10.2 y 81-82 se deduce que los Estados miembros deben abstenerse de adoptar aquellas disposiciones que pongan en peligro el *efecto útil* de las normas de competencia³³⁹. Esta tesis goza de plena aceptación en abstracto; sin embargo, el problema surge cuando se trata de concretar su alcance en la práctica³⁴⁰. La polémica afecta a la propia estructura de la Comunidad, pues entraña la necesidad de definir las relaciones entre la facultad reguladora

³³⁹ Vid. *supra* el punto IV.2.2 del presente capítulo.

³⁴⁰ De hecho, J. L. BUENDÍA SIERRA (*Exclusive rights and State monopolies*, p. 264) afirma que, aunque la doctrina del *efecto útil* tenga teóricamente consecuencias muy importantes, en la práctica su efecto ha sido muy limitado debido a que el se ha mostrado reticente a declarar que un Estado miembro ha infringido los artículos 3, 5, 81 u 82 del Tratado CE.

de los Estados miembros y los principios del Tratado³⁴¹. El examen pormenorizado de la mencionada doctrina del Tribunal de Justicia escapa a los dominios de este trabajo; a modo de resumen, pueden distinguirse dos tendencias en la interpretación de la doctrina del *efecto útil*³⁴².

Por una parte, la de aquéllos que opinan que la doctrina del *efecto útil* supone la prohibición de las medidas estatales que favorezcan actuaciones anticompetitivas de los particulares; esto es, es necesario que exista un vínculo entre la disposición pública y la conducta concertada de las empresas³⁴³.

Por otra, la de quienes sostienen que la citada doctrina del TJCE obliga, además, a los Estados a abstenerse de adoptar cualquier disposición que permita a las empresas obtener un resultado que, en ausencia de dicha medida, les estaría prohibido por los artículos 81 y 82; desde esta perspectiva, es preciso dirigir la atención sobre los posibles efectos anticompetitivos de la medida estatal en si misma considerada, sin que sea necesario acreditar que guarda relación con conductas concretas de los particulares³⁴⁴.

En el caso *Van Eycke*, el Tribunal de Justicia se decantó por la primera de estas tendencias, es decir, por la interpretación estricta de la doctrina del *efecto útil*; y esta línea

³⁴¹ Vid. C. CHUNG, *ECLR*, vol. 16, 1995, p. 87; y D. EHLE, *ECLR*, vol. 19, 1998, p. 380 y ss., quien afirma que "el debate afecta a las estructuras constitucionales por cuanto que la cuestión está íntimamente relacionada con la distribución de la potestad reglamentaria entre los Estados y el poder central".

³⁴² Vid. P. SLOT, *ELR*, vol. 13, 1987, p. 185 y ss.; y J. VICIANO PASTOR, *Libre competencia*, p. 335 y ss.

³⁴³ Vid. G. MARENCO, *LIEI*, núm. 1, 1987, p. 1 y ss.; *CDE*, núm. 2, 1986, p. 285 y ss.; y *RTDE*, 1984, p. 521 y ss.; P. SLOT, *ELR*, vol. 13, 1987, p. 179 y ss.; A. HOFFMAN, *ECLR*, vol. 11, 1990, p. 11 y ss.; y M. LÓPEZ ESCUDERO, *RIE*, núm. 3, 1994, p. 917 y ss.

³⁴⁴ Vid. L. GYSELEN, *CMLRev.*, 1989, p. 33 y ss.; y *ELR*, vol. 18, 1993, p. 55 y ss.; U. EHRIKKE, *World Comp.*, núm. 1, 1990, p. 79 y ss.; CHANG-CHO MUNG, *ECLR*, núm. 2, 1995, p. 87 y ss.; K. BACON, *ECLR*, vol. 18, 1997, p. 283 y ss.; y J. VICIANO PASTOR, *Libre competencia*, p. 303 y ss.

jurisprudencial ha sido confirmada en sus sentencias posteriores³⁴⁵. La conclusión que se deduce de esta interpretación, es que las medidas públicas no vinculadas a conductas concretas de los particulares caen fuera del ámbito de aplicación de las normas de competencia del Tratado. A esta solución se llega inevitablemente si se tiene en cuenta lo siguiente. Primero, en estos casos se trata de actos del poder público que, como tales, están excluidos del ámbito de los artículos 81 y 82, ya que estos artículos se dirigen únicamente a las empresas privadas. En segundo lugar, estos preceptos tampoco tienen acomodo en las disposiciones del Tratado que se refieren a la conducta de los Estados miembros, pues el artículo 86 se refiere a las empresas públicas o a las que gozan de derechos exclusivos; los artículos 87-89 a las ayudas de Estado; y los artículos 96 y 97 tienen por objeto las distorsiones de la competencia provocadas por la inexistencia de legislaciones uniformes en la Comunidad. Finalmente, de acuerdo con esta línea jurisprudencial estricta, las medidas estatales no asociadas a actuaciones de los particulares tampoco caerían dentro de la obligación que se deduce de la lectura conjunta de los artículos 3 f), 10.2 y 81 del Tratado³⁴⁶.

La solución descrita tiene una importancia capital, pues delimita los confines de la actividad supervisora de las autoridades de competencia en el ámbito de nuestro estudio. Como se ha dicho, la Comisión pasó de inhibirse frente a los convenios sobre intereses meramente alentados por la autoridad pública, a exigir la concurrencia de un acto de autoridad para abstenerse de intervenir. Sin embargo, la expansión del control competitivo de las restricciones de la competencia de origen público tiene un límite pues, de acuerdo con la concepción estricta de la doctrina del *efecto útil*, la autoridad *antitrust* nada tiene que decir respecto de las disposiciones sobre tipos de interés adoptadas por los Estados miembros en el legítimo ejercicio de sus facultades reguladoras del mercado.

³⁴⁵ Vid. J. L. BUENDÍA SIERRA, *Exclusive rights and State monopolies*, p. 264; D. EHLE, *ECLR*, núm. 6, 1998, p. 384 y ss.; J. VICIANO PASTOR, *Libre competencia*, p. 397 y ss.; y H. MICKLITZ/ S. WEATHERILL, *European Economic Law*, p. 210.

³⁴⁶ Vid. M. LÓPEZ ESCUDERO, *RJE*, núm. 3, 1994, p. 917 y ss.

No es fácil hacer una valoración de las consecuencias que se derivan de la interpretación estricta de la doctrina del *efecto útil* por la que se ha decantado el Tribunal. En principio, nos parece sugerente la idea de someter las medidas estatales restrictivas a un test de competencia que impida que los Estados miembros adopten disposiciones que persigan objetivos manifiestamente contrarios a los fines del Tratado CE o empleen medios completamente desproporcionados para lograrlos³⁴⁷. Sin embargo, debe tenerse presente que no existe en el Tratado disposición expresa que prohíba a los Estados miembros restringir la competencia entre las empresas y que la instrumentación de un control basado en la licitud de los objetivos plantearía innumerables problemas.

Finalmente, conviene poner de manifiesto que la disparidad de criterios entre los autores puede deberse, en buena medida, a la falta de concreción de las sentencias del TJCE sobre la doctrina del *efecto útil*. A su vez, esta falta de precisión tiene su causa, sin duda, en el tipo de procedimiento en el que se han suscitado estos asuntos. En todos los casos en los que el Tribunal ha tenido que precisar el alcance de la doctrina del *efecto útil* se trataba de cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales nacionales. La propia naturaleza de dichos procesos impide que la Corte pueda apreciar la compatibilidad de la medida estatal discutida con el Ordenamiento comunitario, pues esta cuestión queda en manos del juez nacional³⁴⁸.

³⁴⁷ En esta línea, M. DASSESE/ S. ISAACS/ G. PENN (*EC Banking Law*, p. 314 y ss.) afirman que las medidas estatales que directamente limitan la competencia en el mercado sólo superarán el test de las normas *antitrust* si se puede demostrar que cumplen los siguientes requisitos: 1) obligan realmente a los operadores económicos a abstenerse de competir en determinados sectores, y no meramente les permiten hacerlo; 2) han sido adoptadas por la autoridad pública en el ejercicio de su poder regulador del mercado, esto es, que no se trata de una mera confirmación de los convenios alcanzados entre las empresas; 3) *están justificadas objetivamente por un fin establecido por las autoridades públicas en el marco de sus competencias, y cuya consecución está justificada desde la óptica del Derecho comunitario*; 4) *son proporcionales con los objetivos perseguidos*. Igualmente, R. FALKNER afirma que las disposiciones estatales reguladoras de la competencia bancaria deben estar justificadas por un interés público (*ECLR*, vol. 12, 1991, p. 120 y *JIBL*, núm. 11, 1990, p. 443).

³⁴⁸ Vid. U. BOEGH HENRIKSEN, *Anti-competitive state measures*, p.135; y J. VICIANO PASTOR, *Libre competencia*, p. 418 y ss.

En todo caso, una solución al problema que plantean las medidas estatales anticompetitivas puede venir de la mano del procedimiento contemplado en el artículo 226 CE, que permite a la Comisión denunciar ante el TJCE a los Estados miembros que incumplan las obligaciones que se recogen en el Tratado y que no se atengan a sus recomendaciones³⁴⁹. En efecto, cabe iniciar el citado procedimiento contra cualquier medida estatal susceptible de incumplir las obligaciones que se deducen de los artículos 3 f), 10 y 81-82 del Tratado, lo que daría al Tribunal la oportunidad de aclarar el alcance del compromiso estatal de no eliminar el *efecto útil* de las normas comunitarias de competencia³⁵⁰.

En definitiva, cabe concluir que la entrada en vigor en de la UME ha eliminado, en los países que la integran, gran parte de los inconvenientes que planteaban con las disposiciones nacionales sobre intereses. Y respecto de los países que no pertenecen al espacio monetario común, hoy se discute en la doctrina la posibilidad de extender el poder de control de la Comisión también a las medidas adoptados por ellos en materia de intereses, posibilidad sumamente controvertida y que, hasta la fecha, nunca se ha llevado a efecto en la práctica.

³⁴⁹ Vid. J. VICIANO PASTOR, *Libre competencia*, p. 418 y J. BENTIL, vol. 19, *ECLR*, 1998, p. 382 y ss.

³⁵⁰ En este sentido, la posición mantenida hasta el momento por las autoridades comunitarias resulta criticable por cuanto que, como señala R. JOLIET (CDE, 1988, p. 364), “la Comisión, aunque ha intervenido en estos procedimientos (de carácter prejudicial) para presentar alegaciones, sin embargo no ha emprendido ninguna acción con fundamento en el artículo 169 CE (hoy art. 226). En otras palabras, y este hecho debe ser resaltado, a pesar de que la Comisión ha multiplicado de manera espectacular en los últimos años el número de recursos de incumplimiento, no ha tomado nunca la iniciativa de atacar directamente a un Estado por una reglamentación restrictiva de la competencia”.

CAPÍTULO CUARTO
LOS PRECIOS BANCARIOS EN EL
DERECHO ESPAÑOL DE LA
COMPETENCIA

I. REFLEXIONES PREVIAS

Desde que en el año 1993 el Tribunal de Defensa de la Competencia publicó su primera resolución en materia de comisiones bancarias, nuestra autoridad *antitrust* ha concluido un número relativamente elevado de expedientes sobre el particular. En la mayoría de los asuntos, se trataba de denuncias presentadas por la asociación de usuarios de la banca (AUSBANC) o por algún particular descontento con las políticas de precios de las entidades de crédito. Más recientemente, el TDC también ha examinado diversos expedientes de autorización singular de las tarifas interbancarias pactadas por las redes de tarjetas de crédito españolas.

A partir de estos expedientes, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha ido perfilando su doctrina sobre acuerdos de precios en el sector bancario, con apoyo en la distinción clásica establecida por la Comisión Europea entre tarifas aplicables a la clientela y comisiones interbancarias. Por una parte, en numerosos expedientes el TDC ha declarado que la fijación colectiva de las comisiones exigibles a la clientela infringe el artículo 1 LDC, sin que dicha práctica pueda beneficiarse de una exención. Por otra, con carácter general el Tribunal sostiene que el establecimiento de una tasa de intercambio uniforme dentro de un sistema de pagos, aunque restrictivo de la competencia, puede beneficiarse de una autorización en determinadas condiciones¹.

Finalmente, debe advertirse con carácter previo que en nuestro país no se ha planteado ninguna controversia especial en relación con los acuerdos sobre tipos de interés, dado que el TDC no tuvo que resolver ningún expediente en este sentido con anterioridad a la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso *Van Eycke*². La doctrina actual del TDC en la materia es plenamente consecuente con la célebre sentencia comunitaria, lo cual le ha llevado a descartar la existencia de un ilícito *antitrust* cuando

¹ Vid. *supra* los puntos II y III del capítulo tercero.

² Vid. *supra* el punto IV.2.2 del capítulo tercero.

la similitud de intereses denunciada era consecuencia directa de disposiciones estatales sobre los mismos.

En las páginas siguientes se estudia la problemática *antitrust* generada por los acuerdos de precios entre los bancos españoles, con apoyo en la distinción clásica entre pactos sobre tarifas minoristas y acuerdos sobre precios de los servicios interbancarios.

II. ACUERDOS SOBRE PRECIOS EXIGIBLES A LA CLIENTELA

En los últimos años, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha ido perfilando su doctrina en materia de acuerdos de precios que afectan al comportamiento de los bancos con su clientela. En todos los expedientes examinados, el TDC adopta como punto de partida la tesis de que la fijación de precios aplicables a la clientela –ya se trate de comisiones o tipos de interés– constituye una conducta prohibida por el artículo 1 LDC.

Es interesante poner de relieve que las resoluciones de nuestra autoridad de competencia apenas dedican tiempo a explicar las razones por las que se considera que dicha práctica es contraria a las normas *antitrust*. Una de las razones que pueden explicar este fenómeno es que ha calado en la industria bancaria el claro mensaje enviado por las primeras decisiones de la Comisión Europea, en el sentido de declarar ilegal cualquier convenio interbancario que pueda alterar el precio de los servicios prestados al público. Además, la ausencia de argumentaciones sobre la ilicitud de la conducta puede deberse a que, en el estado actual de desarrollo del Derecho de la competencia, se ha consolidado la creencia de que ciertas conductas empresariales – como la fijación de los precios minoristas– son inadmisibles desde la óptica del libre mercado.

En la misma línea, en ninguno de los expedientes sobre comisiones exigibles a la clientela se ha planteado formalmente si se dan los requisitos necesarios para conceder una autorización *ex* artículo 3 LDC. También en este caso, cabe justificar la actitud del TDC por la influencia de la doctrina de la Comisión Europea, la cual reiteradamente ha manifestado su negativa opinión acerca de la concesión de una autorización a los pactos interbancarios sobre tasas a cobrar a la clientela.

Descartada *a priori* la posibilidad de que se conceda una autorización singular a esta clase de convenios, en la mayoría de los expedientes que a continuación se examinan el aspecto más controvertido consiste en la necesidad de acreditar la concertación entre los bancos intervinientes. Así las cosas, nuestra autoridad *antitrust* suele descartar la existencia de una infracción del artículo 1 LDC porque, con frecuencia, la similitud de tarifas denunciada podía explicarse como una consecuencia lógica de la naturaleza de los servicios bancarios examinados y no como el resultado de la concertación entre las entidades. Además, conviene señalar que el Tribunal también desestimó diversas denuncias por entender que no procedía aplicar la LDC dado que se trataba de cuestiones de legalidad ordinaria que no eran competencia de las autoridades *antitrust*.

1. El expediente *Asociación Española de la Banca Privada* (1993)

En abril de 1993, el TDC emitió una resolución en el expediente iniciado de oficio contra la Asociación Española de la Banca Privada (AEB) y los mayores bancos españoles por la fijación y publicación concertadas de tarifas máximas aplicables a la clientela. El caso reviste especial interés por los siguientes motivos³: 1) la importancia económica de las partes implicadas; 2) la intervención destacada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; 3) los interesantes problemas de orden procedimental que plantea; y 4) el constituir una de las primeras decisiones de las autoridades españolas de competencia en el sector bancario, que se inició paralelamente a las investigaciones llevadas a cabo por las autoridades comunitarias en otros países y que dieron lugar a las decisiones de la Comisión en relación con las asociaciones bancarias de Bélgica, Irlanda, Italia y Holanda⁴.

³ Vid. A. BENAVIDES, *JIBL*, núm. 1, 1994, p. 29.

⁴ Vid. *supra* los puntos III.1 y III.2 del capítulo tercero.

El Tratado de adhesión de España a la Unión Europea concedía a las empresas españolas un período transitorio de seis meses para notificar a la Comisión Europea aquellas prácticas que pudieran ser contrarias a las normas de competencia del Tratado CE. El plazo terminó en junio de 1986 sin que ningún banco español se pusiera en contacto con las autoridades de Bruselas para dar cuenta de conductas restrictivas de su libertad de actuación en el mercado⁵. La inactividad de las entidades de crédito españolas se explica por la confianza que tenían en que la Comisión adoptaría una actitud permisiva respecto de las prácticas colusorias en el sector bancario⁶.

La respuesta de la Comisión no se hizo esperar y, en marzo de 1987, envió una solicitud de información a la Asociación Española de la Banca Privada y a los grandes bancos españoles sobre cualquier acuerdo que hubiesen adoptado en materia de tipos de interés pasivos. La causa inmediata de este requerimiento estaba en las noticias aparecidas en la prensa nacional sobre presuntos pactos entre los grandes bancos para hacer frente a las disposiciones que liberalizaron los tipos de interés ese mismo año⁷. Sin embargo, el interés demostrado por las autoridades *antitrust* comunitarias resulta cuando menos sorprendente si se tiene en cuenta que, hasta entonces, la Comisión ni había investigado los acuerdos sobre intereses, ni se había pronunciado sobre los mismos cuando tuvo conocimiento de su existencia en el curso de otros procedimientos⁸.

⁵ Vid. J.M. ALSEDO SOLÍS, *NCEE*, núm. 55-56, 1989, p. 35 y ss.

⁶ En 1986 y con motivo de la entrada de nuestro país en la Unión Europea, la patronal bancaria había informado a sus asociados de la importancia que tenía el juego de la libre competencia en el seno de la Comunidad: “la defensa de la competencia es una de las materias respecto de las cuales la CEE tiene mayor sensibilidad”. Sin embargo, la propia AEB tranquilizaba a los bancos españoles, pues entendía que la actitud mostrada por la Comisión hasta entonces había sido *permisiva* respecto de los acuerdos sobre tipos de interés y defendía la necesidad de los convenios interbancarios de carácter operativo (*Memoria AEB [1986]*, p. 20).

⁷ Vid. J. M. ALSEDO SOLÍS, *NCEE*, núm. 55-56, 1989, p. 36.

⁸ Vid. *Memoria AEB [1987]*, p. 20 y P. MAESTRE CASAS, *La Ley, Supl. Comunidades Europeas*, núm. 85, 1994, p. 2.

Las entidades de crédito consultadas respondieron individualizadamente a la Comisión, negando la existencia de acuerdos formales al respecto. Tras los habituales contactos de los servicios de competencia comunitarios con las partes afectadas, en los que también estuvieron presentes representantes del Banco de España y de la AEB, los bancos españoles fueron *invitados* a notificar voluntariamente los acuerdos o recomendaciones en materia de comisiones e intereses que mantuviesen en vigor⁹. La actitud de la Comisión en este caso coincide plenamente con la posición mantenida en relación con otras asociaciones bancarias nacionales, ya que se ofrecía a las partes implicadas la posibilidad de obtener amparo frente a posibles sanciones merced a la comunicación voluntaria de sus prácticas restrictivas. Los acuerdos descritos en el Formulario A/B se referían únicamente a las comisiones, pues los bancos entendían que la similitud de tipos de interés se debía únicamente a medidas adoptadas por las autoridades monetarias, sin que existiese ningún pacto al respecto¹⁰.

En particular, los acuerdos o prácticas notificados eran los siguientes: 1) convenio sobre tarifas interbancarias por los servicios que los bancos se prestaban entre sí, el cual permitía a las entidades negociar bilateralmente otras condiciones; 2) pacto sobre las tasas que debían pagar Telefónica y las compañías eléctricas por el cobro de los recibos domiciliados; 3) acuerdo relativo a las comisiones máximas por servicios a clientes. En opinión de la AEB, la uniformidad formal y aparente de las tarifas constituía un elemento clarificador para una clientela acostumbrada, hasta 1981, a tarifas uniformes fijadas por la autoridad monetaria. En todo caso, se entendía que las comisiones tenían carácter máximo, sin que existiese ningún acuerdo sobre el montante efectivamente cobrado a la clientela¹¹.

⁹ En diciembre de 1989 la Comisión remitió una carta a la AEB, en la que se afirmaba que “*sería conveniente que todos los acuerdos y recomendaciones (...) que se encuentren en el origen de la gran similitud de las comisiones o intereses publicados por los distintos Bancos españoles fueran notificados a la Comisión*” (vid. J. M. ALSEDO SOLÍS, *NCEE*, núm. 55-56, 1989, p. 36).

¹⁰ Vid. J. M. ALSEDO SOLÍS, *NCEE*, núm. 55-56, 1989, p. 36.

¹¹ Vid. *Memoria AEB [1988]*, p. 22 y J. M. ALSEDO SOLÍS, *NCEE*, núm. 55-56, 1989, p. 36 y ss.

Mientras la AEB enviaba a la Comisión informaciones complementarias sobre la notificación realizada, el Servicio de Defensa de la Competencia le comunicó que, mediante providencia de septiembre de 1988, había iniciado de oficio un expediente sancionador contra esas mismas entidades, a resultas de las indagaciones previas realizadas el año anterior. La noticia cayó como una bomba en el seno de la patronal bancaria, que procedió a impugnar el expediente por considerarlo incompatible con el que había iniciado en el plano comunitario. La impugnación fue denegada por la autoridad *antitrust* española al considerar que su actuación estaba fundada en una legislación diferente¹².

La decisión de continuar con el expediente fue recurrida ante el TDC. La patronal bancaria criticó agriamente la oportunidad del expediente incoado por los servicios de competencia nacionales. En primer lugar, entendía que la decisión del Servicio retrasaría el normal desarrollo del procedimiento ante la Dirección General de Competencia y podía cambiar la postura en principio favorable de la autoridad comunitaria al respecto¹³. En segundo término, la asociación estimaba que el SDC se apartaba de la conducta seguida por las autoridades de otros países cuyos sectores bancarios habían sido investigados por la Comisión, las cuales se abstuvieron de intervenir en tanto que la autoridad comunitaria no concluyó la tramitación de los expedientes¹⁴.

Pero, sin duda, la crítica más importante de la AEB, sobre la que apoyaba su recurso, hacía referencia a la incompatibilidad del expediente español con el comunitario. Los bancos alegaban que el punto de partida del procedimiento no había sido las solicitudes de información enviadas por el SDC a comienzos de 1987, sino los

¹² Respecto del recurso presentado por la patronal bancaria, la única información de la que disponemos procede de la Memoria de la AEB correspondiente al año 1988 (p. 22), y por tanto, constituye una visión necesariamente subjetiva por tratarse de parte implicada en el asunto.

¹³ *Vid.* las memorias de la AEB correspondientes a los años 1988 (p. 23) y 1989 (p. 24 y ss.).

¹⁴ *Vid. Memoria AEB [1989]*, p. 25.

actos posteriores de las autoridades nacionales a partir de las informaciones recabadas por la Comisión durante la tramitación del expediente comunitario. En estos términos, era preciso determinar si las autoridades nacionales podían utilizar las informaciones facilitadas por una empresa a la Comisión, como fundamento de un procedimiento dirigido a sancionar las infracciones de las normas nacionales de competencia cometidas por ésta. Por un auto de enero de 1991, el Tribunal de Defensa de la Competencia sometió a la consideración del TJCE varias cuestiones prejudiciales relativas al intercambio de información entre las autoridades comunitarias y nacionales¹⁵.

En definitiva, en este caso estaba en juego la necesidad de armonizar las exigencias derivadas del principio de cooperación entre las instituciones comunitarias y de los Estados miembros con los derechos de defensa y garantías de procedimiento de las empresas afectadas¹⁶. En sentencia de julio de 1992¹⁷, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas falló que el principio de cooperación entre las autoridades comunitarias y nacionales debía interpretarse en el sentido de que los Estados miembros

¹⁵ DOCE núm. C 74/9, de 20 de marzo de 1991, asunto C-67/91—*Dirección General de Defensa de la Competencia v. Asociación Española de Banca Privada y otros*. Vid., al respecto, la crónica de J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (RDBB, núm. 41, 1991, p. 217 y ss.) y las opiniones vertidas por la AEB en la Memoria e Informe correspondientes a 1991. El objeto de la cuestión prejudicial era la utilización por las autoridades nacionales de las informaciones obtenidas por la Comisión en el marco de la aplicación del Reglamento 17/62. Al respecto, el artículo 11 del Reglamento prevé que, en el ámbito de la necesaria cooperación entre las autoridades comunitarias y nacionales, la Comisión transmitirá a las autoridades de los Estados miembros tanto la información contenida en las respuestas a las solicitudes de información (artículo 11) como los datos recogidos en las solicitudes de declaración negativa y en las notificaciones (artículos 2, 4 y 5).

¹⁶ Así, E. LLOPIS REYNA (REDA núm. 83, 1994, p. 482) señala que “en el ámbito del Derecho de la competencia, adquiere esta cuestión (el intercambio de información entre autoridades) una relevancia especial. Habida cuenta de la vigencia paralela del Derecho comunitario y del nacional, y del principio de colaboración entre Comisión y autoridades nacionales en el desarrollo de los procedimientos comunitarios en materia de competencia, una prohibición absoluta de utilización de las informaciones no parece aceptable”. En parecidos términos, vid. A. GARCÍA-MON MARAÑÉS (CE Aranzadi, núm. 10, 1992, p. 45) quien destaca el efecto negativo que podía tener el respeto de los derechos de defensa en la política de descentralización de la aplicación del Derecho de la Competencia.

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 julio 1992, asunto C-67/91—*Dirección General de Defensa de la Competencia v. Asociación Española de Banca Privada (AEB)*, Rec. 1992, p. I-4785 y ss. Un resumen de la misma puede verse en C. GINER PARREÑO/ A. M. TOBÍO RIVAS, DN, núm. 25, 1992, p. 63 y ss.

no podían utilizar, como medios de prueba, las informaciones en poder de la Comisión en el marco de aplicación del Reglamento 17/62. Sin embargo, y esto es lo importante, la sentencia declaró que ello no obstaba para que las autoridades nacionales utilizaran tales informaciones únicamente con el fin de acordar la apertura de un expediente¹⁸ pues los Estados no estaban obligados a padecer *amnesia aguda* respecto de los datos transmitidos¹⁹.

A resultas de la Sentencia del alto tribunal comunitario, el TDC dictó un auto en julio de 1992 por el que admitía el expediente a trámite para su substanciación definitiva²⁰. El auto estimó que de la doctrina del Tribunal de Justicia no se deducía que el expediente nacional fuese nulo en su totalidad, sino sólo en aquellos extremos en que se hubiese utilizado por el Servicio, como medio de prueba, información remitida por la AEB a la Comisión en el marco del procedimiento comunitario²¹. Por otra parte, el TDC adoptó las siguientes resoluciones: 1) rechazar la práctica de determinadas pruebas solicitadas por las partes, básicamente por su irrelevancia; 2) comunicar a los interesados su intención de aplicar conjuntamente las normativas nacional y comunitaria de competencia; y 3) solicitar al Servicio que aportase estudios relativos al grado de homogeneidad de las tarifas máximas comunicadas al Banco de España por los bancos encausados²².

¹⁸ Vid. K. LASOK, *JIBL*, núm. 10, 1992, p. N-192.

¹⁹ "Los Estados no están obligados a ignorar las informaciones transmitidas y a padecer, por tanto, amnesia aguda, por utilizar los propios términos de la Comisión y del Juez nacional. Estas informaciones constituyen efectivamente indicios que, en su caso, pueden tenerse en cuenta, para justificar la apertura de un procedimiento nacional" (Punto 39 de la Sentencia).

²⁰ Auto del TDC de 30 julio 1992, expte. 283/90, *BICE* núm. 2337, 1992, p. 2806 y ss., comentado por C. GINER PARREÑO/ A. M. TOBÍO RIVAS, *DN*, núm. 25, 1992, p. 60.

²¹ Fundamento de Derecho 2.

²² Fundamentos de Derecho 7, 5 y 8 respectivamente.

La decisión de continuar con el expediente fue confirmada mediante una resolución del TDC de diciembre de 1992²³. Los recursos presentados tenían por objeto, por una parte, la nulidad total del expediente por entender que todas las actuaciones del SDC se basaban en informaciones obtenidas del expediente comunitario y, por otra, la inaplicabilidad de los artículos 81 y 82 CE a los hechos objeto del expediente o, en su caso, la no imposición de sanciones derivadas de dicha resolución. Respecto de la primera cuestión, el TDC declaró que el auto recurrido era respetuoso no sólo con la doctrina del TJCE sino también con las normas nacionales de procedimiento, que son las que correspondía aplicar al caso; así las cosas, la pretensión de anular todo el proceso era inadmisibles²⁴. En segundo término, la sentencia resolvió que tanto el Tratado CE (artículo 84) como el Reglamento 17/62 (artículo 9) habilitaban a las autoridades nacionales para aplicar las normas *antitrust* comunitarias. La existencia de un procedimiento paralelo de la Comisión, podría en todo caso aplazar la resolución del expediente español, pero no su tramitación (artículo 44 LDC). Sin embargo, el TDC estimó que no procedía, siquiera, detener la tramitación del expediente porque no había sido acreditado documentalmente que se siguiese un procedimiento por los mismos hechos ante los órganos comunitarios²⁵.

Transcurridos cinco años desde la apertura del caso, el TDC emitió una nueva resolución en la que, finalmente, se pronunció sobre la cuestión de fondo planteada, esto es, la presunta actuación concertada de los grandes bancos españoles dirigida a fijar tarifas máximas uniformes por los servicios prestados a la clientela²⁶.

²³ Resolución del TDC de 9 diciembre 1992, Expte. 283/90-AEB, Rec. TDC 1992, p. 427 y ss. *Vid.* C. GINER PARREÑO/ A. M. TOBÍO RIVAS, *DN*, núm. 30, 1993, p. 54 y ss.; y *Memoria AEB [1992]*, p. 14 y ss.

²⁴ Fundamentos de Derecho 5-9.

²⁵ Fundamento de Derecho 11.

²⁶ Resolución del TDC de 30 abril 1993, Expte. 283/90-AEB 2, Rec. TDC 1993, p. 127 y ss. *Vid.* C. GINER PARREÑO/TOBÍO RIVAS, *DN*, núm. 33, 1993, p. 47 y ss.

Con carácter previo, el TDC señaló que el establecimiento y publicación de una clasificación común de servicios bancarios no infringía la prohibición general de conductas contrarias a la libre competencia. Esta solución era consecuente con la postura adoptada hasta entonces por la Comisión, ya que en ninguna de sus decisiones precedentes se cuestionaba la compatibilidad de este tipo de acuerdos con las reglas de competencia a pesar de que, en el caso de los bancos holandeses, entre los objetivos de una de las asociaciones afectadas figuraba procurar una mayor uniformidad en la denominación de los servicios. Además, la sentencia sostenía que la unificación de denominaciones era imprescindible para el funcionamiento ágil y la transparencia de las condiciones de los servicios, de tal forma que este tipo de acuerdos no sólo no impedían la competencia de nuevos servicios sino que, antes al contrario, la facilitaban²⁷.

Pero la cuestión principal se refería a la fijación de precios uniformes vinculados a servicios prestados a la clientela. Al respecto, conviene recordar que las normas de supervisión bancaria imponen a las entidades de crédito la obligación de comunicar al Banco de España las tarifas de las operaciones que realizan, no pudiendo cobrar a los clientes más de lo notificado. El análisis comparativo de los datos remitidos a la autoridad monetaria revelaba que existía una gran similitud entre las comisiones máximas que cobraban los grandes bancos españoles. Ante esta situación, el Tribunal de Defensa de la Competencia señaló que era preciso investigar si existía algún tipo de concertación entre los bancos implicados con el fin establecer tarifas uniformes o, en caso contrario, si el paralelismo de precios observado podía explicarse como una reacción normal del mercado.

La argumentación del Tribunal comienza reconociendo que no existían pruebas de que los bancos se hubiesen puesto de acuerdo para fijar y notificar al Banco de España tarifas uniformes²⁸. Sin embargo, la ausencia de evidencias directas de

²⁷ Fundamento de Derecho 4.

²⁸ Fundamento de Derecho 7.1.

concertación entre las partes implicadas es frecuente en los litigios *antitrust* y ello no impide que la conducta controvertida pueda ser objeto de persecución en virtud de la categoría de práctica concertada o conducta conscientemente paralela²⁹. Esta categoría incluye aquellos supuestos en los que las empresas rivales, sin haber llegado propiamente a un acuerdo, sustituyen a sabiendas los riesgos de la competencia por la cooperación entre ellos³⁰. Así pues, frente a la conducta paralela de empresas rivales, las autoridades *antitrust* deben determinar si la similitud de conductas puede explicarse como una reacción lógica teniendo en cuenta las condiciones del mercado afectado o si, por el contrario, la única explicación racional del paralelismo detectado es la existencia de algún tipo de concertación entre ellos³¹.

El Tribunal de Defensa de la Competencia concluyó que la única razón económica que podía justificar la similitud de tarifas comunicadas por los bancos españoles a la autoridad monetaria, era la existencia de una concertación previa entre ellos. Para llegar a esta conclusión, la sentencia declaró que una situación de competencia perfecta permitiría explicar que los bancos fijasen precios similares por servicios con costes equivalentes, pero que dicha situación no se daba en la industria bancaria española³². Del mismo modo, la existencia de una empresa dominante que ejerciese un liderazgo de precios en el mercado también podría explicar la identidad de tarifas, aunque tampoco ello ocurría en la práctica³³. Así las cosas, el TDC concluyó que

²⁹ Vid., por todos, R. WHISH, *Competition Law*, p. 76 y ss.

³⁰ Vid. Sentencia del TJCE de 14 de julio de 1972, asuntos acumulados 48/69-57/69- ICI v. Comisión, Rec. 1972, p. 619 y ss.

³¹ "Cuando el paralelismo den el comportamiento de varias empresas no puede explicarse sino por la existencia de un acuerdo, tal comportamiento podrá ser sancionado en tanto que práctica concertada", M. WAELBROECK/ A. FRIGNANI, *Derecho europeo de la competencia*, p. 178-79.

³² Fundamento de Derecho 7.3 a).

³³ Fundamento de Derecho 7.3 b).

la única explicación posible del comportamiento paralelo acreditado era la existencia de concertación entre los bancos encausados³⁴.

Por todo ello, el TDC resolvió que había sido acreditada la existencia de una práctica restrictiva de la competencia consistente en la fijación y publicación de tarifas comunes aplicables como máximos a la clientela que, por afectar al mercado nacional y comunitario, constituía una infracción tanto del artículo 1.1 de la Ley 110/1963, como del artículo 81.1 del Tratado CE.

Sin embargo, los servicios de competencia decidieron no imponer sanciones a las entidades responsables, fundamentalmente, por las dos razones siguientes: 1) la notificación voluntaria de los acuerdos celebrados a finales de marzo de 1988, lo que confería inmunidad con arreglo a las normas comunitarias; y 2) la prescripción de la potestad sancionadora del TDC en relación con las conductas realizadas con anterioridad a julio de ese mismo año, lo cual impedía perseguir las conductas anteriores a la notificación³⁵. Además, es menester señalar que, en contra de la opinión del Servicio, el Tribunal declaró que la Asociación de la Banca Privada no era responsable de las conductas prohibidas³⁶. En estos términos, la resolución fue bien recibida por la industria bancaria, que procedió a retirar todas las impugnaciones judiciales deducidas en relación con el expediente³⁷.

En definitiva, el expediente abierto por el TDC contra las principales entidades de crédito del país puso de manifiesto que las autoridades *antitrust* nacionales no estaban dispuestas a permitir cárteles de precios que afectasen al comportamiento de las

³⁴ En opinión de J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (*Seguridad jurídica*, p. 289), resulta criticable que el TDC se plantase únicamente como posibles explicaciones de la conducta paralela los dos parámetros citados.

³⁵ Fundamento de Derecho 10.

³⁶ Básicamente, se entendía que no existían pruebas de la participación de la AEB en la concertación condenada. Fundamento de Derecho 8.3.

entidades con sus clientes. Dicha postura, reiterada posteriormente en diversas resoluciones, era plenamente consecuente con la línea mantenida por la Comisión Europea desde su célebre decisión en el caso *Eurocheques: acuerdo Package-Deal*.

2. El expediente *Tipos de Interés de Bancos* (1996)

El caso se inició por una denuncia de la Unión de Consumidores de España (UCE) contra treinta y dos entidades de crédito a las que se acusaba de haber realizado una práctica restrictiva contraria al artículo 1 LDC consistente en la fijación y publicación de tipos de interés comunes (29%) para los descubiertos en cuenta corriente y los excedidos en cuenta de crédito³⁸.

El Servicio de Defensa de la Competencia instruyó las diligencias oportunas para verificar la existencia de la conducta denunciada. De la información obtenida se deducía que todas las entidades de crédito objeto del expediente habían comunicado al Banco de España, durante el primer trimestre de 1994, un tipo de interés igual (29%) en los descubiertos en cuenta corriente y en los excedidos en cuenta de crédito. Dado que el tipo comunicado al Banco de España tenía carácter de máximo, el Servicio se dirigió a las entidades afectadas para que le comunicasen el grado de aplicación efectiva del mismo. El SDC comprobó que el interés del 29% se aplicaba en un porcentaje diferente, aunque siempre elevado, del total de las cuentas de las entidades denunciadas. En particular, la media de aplicación del tipo de interés comunicado al Banco Emisor era del 85% de las cuentas³⁹.

³⁷ Vid. *Memoria AEB* [1993], p. 16.

³⁸ Resolución del TDC de 5 de julio de 1996, Expte. r. 144/96—*Tipos de interés de Banco*, Rec. TDC 1996, p. 234 y ss. Vid. *Memoria TDC* [1996], p. 121; y A. FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, *RDBB*, núm. 64, 1996, p. 1199 y ss.

³⁹ Antecedente de Hecho 2.

A pesar de la probada similitud de los tipos de interés, el órgano instructor decretó el archivo del expediente por entender que no se había producido una *sincronizada unidad de comportamiento* entre las entidades denunciadas. El SDC fundamentó su decisión en las dos consideraciones siguientes. Por una parte, la constatación de que el tipo de interés común fue comunicado al Banco de España durante un periodo de tiempo dilatado, partiendo cada banco de porcentajes distintos y alcanzando al interés del 29% en diferentes intervalos (tanto de tiempo como de variación) hacía improbable que hubiese existido cooperación entre las distintas entidades. Por otra, la naturaleza pública de los tipos permitía excluir que hubiese existido algún tipo de intercambio de información entre los bancos rivales, lo cual suele ser indicativo de la existencia de actuación concertada⁴⁰.

La entidad denunciante en el expediente, la Unión de Consumidores de España, recurrió la decisión de archivar la causa porque entendía que la identidad de los intereses publicados y aplicados por los bancos denunciados difícilmente podía deberse a la casualidad o a un aumento de costes, sino que sólo podía explicarse por la ejecución de un acuerdo cuando menos implícito⁴¹. En su defensa, las entidades denunciadas alegaron que los tipos de interés de estas operaciones tenían un carácter exclusivamente disuasorio y penalizador, que excluía que fuesen empleados como instrumento de competencia entre las entidades⁴².

Al examinar la práctica bancaria controvertida, el Tribunal vuelve a insistir en su doctrina de que los conceptos de *práctica concertada* y *conducta conscientemente paralela* que emplea la LDC no son sinónimos⁴³. En este punto, la doctrina española está dividida

⁴⁰ Antecedente de Hecho 3.

⁴¹ Antecedente de Hecho 4.

⁴² Antecedente de Hecho 7.

⁴³ Vid. Resolución del TDC de 6 de marzo de 1992, Expte. 306/91–*Detergentes*, Rec. TDC 1992, p. 115 y ss., en la que se ofrece una definición de ambos conceptos. Al igual que en el Derecho comunitario, por *práctica concertada* se entiende “*aquellas actuaciones que, alterando o restringiendo la situación de competencia en un mercado, implican un paralelismo de conducta consciente entre agentes económicos, normalmente competidores, y suponen cierta cooperación y coordinación entre ellos*”. Por su parte, las

entre quienes entienden que el empleo por nuestra LDC de ambas nociones debe interpretarse como una reminiscencia del pasado pero sin ninguna significación práctica⁴⁴ y aquéllos que mantienen que las conductas conscientemente paralelas constituyen un tipo colusorio autónomo⁴⁵. En nuestra opinión, la categoría de prácticas conscientemente paralela es superflua, pues el hecho de que una conducta *no pueda explicarse como una reacción normal de mercado* constituye simplemente una evidencia de que existe concertación, y no una realidad diferente⁴⁶. Lo que caracteriza a las prácticas concertadas es la existencia de un elemento negocial o paranegocial sin el cual la conducta examinada no es sancionable⁴⁷, y creemos que la alusión a las reacciones ordinarias en el mercado no constituye sino un mero intento de acreditar dicho elemento colusorio⁴⁸.

En el presente expediente, el TDC declaró que debía excluirse que los bancos hubiesen incurrido en una práctica concertada porque la comunicación de los tipos de interés al Banco de España se había producido durante un extenso período de tiempo⁴⁹. En su lugar, se considera que lo que había resultado probado era la existencia de un

prácticas conscientemente paralelas serían las conductas “que no exigen el elemento consensual, aunque, evidentemente no podrán ser explicadas por las reacciones normales y previsibles de los agentes en el mercado”, (Fundamento de Derecho 5).

⁴⁴ Vid., en este sentido, F. VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico*, p. 1123-24; A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Apuntes de Derecho Mercantil*, p. 299; E. GALÁN CORONA, *Acuerdos restrictivos*, p. 344 y ss.; y J. COSTAS COMESAÑA, *Los cárteles de crisis*, p. 56.

⁴⁵ En la línea de la autoridad de competencia se pronuncia A. FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, *RGD*, núms. 889-890, 1993, p. 10104 y ss.

⁴⁶ Al respecto, J. COSTAS COMESAÑA (*Los cárteles de crisis*, p. 56) señala que “en el ámbito comunitario la noción de práctica concertada ya gira en torno a la existencia de un comportamiento común conscientemente dirigido a limitar o eliminar el riesgo de la competencia. Entre esta frontera y el simple alineamiento del comportamiento no nos parece que exista margen suficiente para justificar una nueva categoría colusoria”.

⁴⁷ Vid. R. ILLESCAS ORTIZ, *Derecho mercantil*, p. 632.

⁴⁸ A la misma conclusión parece llegar A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (*Apuntes de Derecho Mercantil*, p. 299), quien afirma que “la práctica conscientemente paralela hay que considerarla como una modalidad de práctica concertada”.

⁴⁹ En opinión del Tribunal la comunicación de los tipos a la autoridad monetaria se había producido durante “un periodo de tiempo tan dilatado que hace difícil pensar en la existencia de una práctica concertada”, (Fundamento de Derecho 2).

paralelismo consciente de conductas y que, por tanto, era preciso examinar si dicha conducta tenía alguna justificación⁵⁰. A nuestro entender, este modo de proceder es erróneo pues lo que ha resultado acreditado en el expediente es la similitud de conductas (consciente o inconsciente), y de lo que se trata ahora es de determinar si tal paralelismo se debe a algún tipo de concertación entre las partes (práctica concertada) o si meramente constituye una reacción normal ante la situación del mercado.

Aunque parte de un presupuesto teórico erróneo, entendemos que la conclusión final a la que llega el TDC tras examinar las causas que motivaron la actuación de los bancos denunciados es acertada. En efecto, la autoridad de competencia resolvió que la similitud de los tipos era una reacción lógica de las entidades de crédito por lo que cabía excluir que existiese infracción *antitrust* alguna. En concreto, se tuvieron en cuenta los siguientes factores.

En primer lugar, el precio que pagaban los clientes por los excedidos y descubiertos dependía tanto del tipo de interés, como de la comisión a pagar por el mero hecho de haber incurrido en estas situaciones. Con frecuencia el pago en concepto de comisión (que representaba un porcentaje de la cantidad máxima adeudada) superaba al de los intereses, ya que estas situaciones no solían prolongarse en el tiempo. Por tanto, aunque los intereses eran similares, los clientes que incurrían en un descubierto o en un excedido pagaban de hecho cantidades diferentes⁵¹.

En segundo término, otro dato que inducía a excluir la existencia de una práctica concertada era la propia naturaleza de las operaciones afectadas. Los descubiertos en cuenta corriente y los excedidos en cuenta de crédito eran situaciones no deseadas por los

⁵⁰ “Los bancos mantienen una conducta que podría calificarse de conscientemente paralela, por lo que hay que preguntarse si la misma tiene por objeto (...) falsear la competencia, siendo, por tanto, perseguible o si, por el contrario, dicha conducta no es anticompetitiva y tiene alguna justificación”, (Fundamento de Derecho 3).

⁵¹ Fundamento de Derecho 4.

bancos porque entrañaban mayores riesgos y dificultades de reclamación que las operaciones a tipos ordinarios. Por este motivo, las entidades de crédito trataban de elevar los intereses de estas operaciones con el fin de disuadir y penalizar a sus clientes negligentes. Así las cosas, el Tribunal declaró que era razonable que los bancos optasen por situar los tipos de estas operaciones en el nivel más alto posible. El interés del 29% podía considerarse como el máximo al que las entidades podían llegar, pues aquellos bancos que optasen por superar la barrera del 30% podrían tener serios problemas de imagen respecto de sus competidores e, incluso, podrían enfrentarse a problemas legales, derivados de la aplicación de la legislación represora de la usura⁵².

Finalmente, la sentencia indicó que otro factor que contribuía a excluir la ausencia de concertación era que las entidades de crédito no habían intercambiado información ya que, por imperativo legal, los tipos de interés de estas operaciones eran públicos⁵³.

A la vista de lo anterior, el TDC declaró que el paralelismo consciente de conducta seguido por las entidades denunciadas podía explicarse por reacciones normales de los operadores económicos y que, por lo tanto, dicha práctica no constituía una restricción de la competencia prohibida por el artículo 1 LDC. En definitiva, creemos que la sentencia ha de ser aplaudida porque realiza un interesante análisis de las condiciones del mercado que le lleva a concluir, acertadamente, que no existía ninguna conducta ilegal⁵⁴. Sin embargo, el pronunciamiento merece también una crítica por la insistencia del TDC en distinguir entre los conceptos equivalentes de práctica concertada y conscientemente paralela.

⁵² Fundamento de Derecho 5.

⁵³ Fundamento de Derecho 5.

⁵⁴ *Vid.* A. FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, *RDBB*, núm. 64, 1996, p. 1201.

3. El asunto *Hipotecas CECA* (1996)

Con frecuencia las entidades de crédito se reservan la facultad de modificar unilateralmente el tipo de interés en los contratos de préstamo que celebran con sus clientes⁵⁵. Cuando se trata de un cliente no consumidor, la legislación bancaria permite expresamente que los bancos se reserven el ejercicio del *ius variandi*, sujeto al cumplimiento de determinados requisitos formales⁵⁶. Cuando el crédito se concede a un consumidor, las normas de protección de consumidores y usuarios también contemplan esta posibilidad, pero sujeta a condiciones más estrictas pues se exige que la modificación de los tipos se haga en función de parámetros objetivos y no se deje meramente al arbitrio de los bancos o cajas de ahorro⁵⁷.

El tipo de interés en los préstamos a interés variable está compuesto por dos elementos: *el tipo de referencia*, del cual depende la variabilidad periódica del interés y que teóricamente representa el precio del dinero en cada momento, y el *margen o diferencial*, que constituye el margen de beneficio teórico que recibe el banco en concepto de remuneración por el préstamo que concede⁵⁸. En el presente asunto, la Asociación de Usuarios Bancarios (AUSBANC) presentó una denuncia ante el TDC porque consideraba que las cajas pertenecientes a la Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA) se habían puesto de acuerdo para fijar colectivamente el tipo de referencia que aplicaban en sus contratos de préstamo.

⁵⁵ Los préstamos en los que se contempla la posible modificación del tipo de interés se introdujeron en nuestro país de la mano de los contratos celebrados por entidades extranjeras en la década de los ochenta (vid. A. ALMOGUERA GOMEZ, *Contratos bancarios y parabancarios*, p. 109). La inclusión de dicha cláusula puede considerarse una aplicación concreta del principio general *rebus sic stantibus* de nuestro Derecho contractual. Vid. J. N. MARTÍ SÁNCHEZ, *Contratos bancarios y parabancarios*, p. 410.

⁵⁶ Vid. M. V. PETIT LAVALL, *La protección del consumidor de crédito*, p. 228 y ss.

⁵⁷ Vid. J.J. NAVARRO CHINCHILLA, *Condiciones generales*, p. 552-553.

⁵⁸ Vid. A. AURIOLES MARTÍN, *Derecho mercantil*, p. 487.

Antes de examinar la conducta controvertida, conviene realizar algunas puntualizaciones acerca de la larga tramitación del expediente. El asunto fue inicialmente archivado por el Servicio al entender que no existía una práctica concertada de las cajas de ahorro demandadas. Sin embargo, el Tribunal de Defensa de la Competencia estimó el recurso presentado contra la anulación de la causa, porque entendía que era necesario realizar un análisis del mercado más detenido antes de poder decidir sobre la legalidad de la práctica en cuestión⁵⁹. Retomada la tramitación del expediente por el Servicio, éste decretó nuevamente su archivo tras las actuaciones realizadas, lo cual motivo que la entidad demandante recurriese el acuerdo del Servicio, para más tarde desistir de su recurso. Finalmente, el TDC aceptó este desistimiento de conformidad con las normas administrativas generales⁶⁰.

Inicialmente, el Servicio de Defensa de la Competencia acordó el archivo del expediente por considerar que la actuación de la CECA no constituía una práctica concertada que tuviese por efecto la fijación directa o indirecta de los precios o de otras condiciones de los contratos de préstamo. Entre otras, el órgano instructor señaló que debían tenerse en cuenta las circunstancias siguientes: 1) la práctica en cuestión tenía cierto amparo en legislación bancaria; 2) el tipo de referencia no era el único elemento que condicionaba la elección del consumidor; 3) el tipo uniforme tenía carácter voluntario; 4) la similitud de tipos existente se explicaba por la propia naturaleza del tipo de referencia: si se pretendía que fuese un índice objetivo, la semejanza se explicaba por la lógica del mercado; 5) los tipos de referencia solían tener tendencia a la uniformidad; 6) además, el grado de competencia entre las cajas era elevado. Finalmente, el Servicio estimaba que el acuerdo podría beneficiarse de la Comunicación de la Comisión de 1968, por tratarse de mera información⁶¹.

⁵⁹ Resolución del TDC de 6 mayo 1994, Expte. r 76/94-*Cajas de Ahorro Asociadas C.E.C.A.*, Rec. TDC 1994, p. 165 y ss.

⁶⁰ Resolución del TDC de 22 noviembre 1996, Expte. r 174/96-*Hipotecas CECA*, Rec. TDC 1996, p. 443. *Vid. Memoria del TDC [1996]*, p. 144.

⁶¹ Antecedente de Hecho 2 de la Resolución de 1994.

El acto de archivo fue recurrido por la asociación de usuarios demandante ante el TDC. En mayo de 1994, el Tribunal emitió una resolución por la que se admitía el recurso y se ordenaba la reapertura de la causa por estimar que era necesario realizar un examen más exhaustivo de cualquier circunstancia que pudiera obligar o facilitar a las cajas de ahorro la realización de prácticas conscientemente paralelas. En particular, era necesario, por una parte, establecer si la elaboración y aplicación práctica del índice se ha haba llevado a cabo de forma neutral y, por otra, efectuar un análisis del mercado de producto para saber cuál había sido el efecto práctico de la elaboración del índice sobre dicho mercado⁶².

Así las cosas, el Servicio acordó la incoación de un nuevo expediente, en el curso del cual solicitó información tanto al Banco de España como a las propias entidades denunciadas. Finalmente, volvió a acordar el sobreseimiento porque entendía que: 1) el índice de referencia elaborado por la CECA era un parámetro objetivo y tenía el carácter de índice oficial reconocido por el Banco de España⁶³; 2) la aplicación del citado índice era voluntaria; y 3) no había indicios de prácticas concertadas o conscientemente paralelas⁶⁴.

El acuerdo de archivo fue recurrido otra vez por la denunciante, quien posteriormente desistió de su derecho⁶⁵. Por tanto, el Tribunal de Defensa de la Competencia emitió una resolución en la que se consideraba el efecto jurídico que tiene el

⁶² En relación con este último punto, el TDC declaró que era preciso “saber los estrictos términos con los que se elabora el índice, cómo se ha usado en la práctica, cuál ha sido el grado de cumplimiento por las entidades afectadas, y cuál ha sido la evolución a lo largo del tiempo de este tipo de referencia en comparación con los demás habitualmente empleados en los contratos de préstamo hipotecario” (Fundamento de Derecho 2 de la Resolución de 1994).

⁶³ Antecedente de Hecho 6 de la Resolución de 1996. La Circular 5/94 del Banco de España, de 22 de julio—*Entidades de crédito* (B.O.E. de 3 de agosto) establece un elenco limitado de índices oficiales de referencia. Entre ellos se encuentra el *Tipo activo de referencia de las Cajas de Ahorro* el cual representa la media aritmética de los préstamos personales de uno a tres años y de los préstamos hipotecarios para la adquisición de una vivienda por plazos de tres años o más. Vid. A. ALMOGUERA GOMEZ, *Contratos bancarios y parabancarios*, p. 120-121.

⁶⁴ Antecedente de Hecho 6 de la Resolución de 1996.

⁶⁵ Antecedente de Hecho 8 de la Resolución de 1996.

desistimiento de la parte demandante en los procesos seguidos ante la autoridad de competencia. Ante la ausencia de algún precepto específico en la Ley de Defensa de la Competencia, el TDC se remitió a las normas administrativas generales, que permiten aceptar el desistimiento cuando no existen ni terceros interesados ni un interés público que aconseje la continuación del procedimiento⁶⁶. Teniendo en cuenta que la instrucción del SDC resolvía los interrogantes planteados, el Tribunal acordó aceptar el desistimiento y dar por concluido el expediente⁶⁷.

En consecuencia, de la resolución se desprendía que la adopción colectiva de tipos de referencia en los contratos de préstamo a interés variable no restringía la competencia, siempre y cuando éstos tuviesen carácter neutral, fuesen voluntarios y no existiese colusión entre los bancos a la hora de decidir sobre su aplicación a los contratos que celebraban. A nuestro entender, esta doctrina del TDC es consecuente con la posición adoptada posteriormente por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso *Bagnasco*, en el que se cuestionaba la legalidad de determinadas condiciones generales de la Asociación Bancaria Italiana. Como se recordará, la sentencia del alto tribunal declaró que no restringían la competencia las normas uniformes sobre variación unilateral de los intereses en los contratos de apertura de crédito (siempre y cuando se hiciese en referencia a un índice objetivo) pues se entendía que dicha cláusula era consustancial a la naturaleza del contrato de apertura de crédito⁶⁸.

4. El expediente *Entidades de crédito* (1997)

Meses más tarde, se presentó una nueva denuncia acerca de supuestas prácticas restrictivas de las entidades de crédito españolas en los contratos de préstamo que

⁶⁶ Artículos 90 y 91 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (B.O.E. de 27 de noviembre de 1992).

⁶⁷ Fundamentos de Derecho 2-3 de la Resolución de 1996.

⁶⁸ *Vid. supra* el punto IV.2.4 del capítulo tercero.

celebraban. El particular denunciante entendía que los bancos se habían puesto de acuerdo para elegir un método de amortización de los créditos que perjudicaba a los clientes bancarios⁶⁹.

En términos generales, se entiende que la restitución del capital prestado puede efectuarse según los dos modelos siguientes. Por una parte, el método de *cuota constante* en el que, si el interés nominal no sufre modificación, la suma de los intereses y el capital amortizado permanece constante en cada cuota y, por otra, el método de *amortización constante*, en el que lo que permanece constante es el capital amortizado en cada cuota. Pues bien, el denunciante argumentaba que los bancos habían optado colectivamente por imponer a los clientes el método de cuota constante, lo cual constituía un acuerdo entre competidores incompatible con las normas *antitrust*. Además, según la denuncia, el método elegido perjudicaba a los clientes porque *tenían que pagar más intereses*⁷⁰.

Tras incoar el oportuno expediente, el Servicio de Defensa de la Competencia concluyó que los hechos denunciados no infringían la prohibición de prácticas contrarias a la competencia que recoge el artículo 1 LDC, por lo que decretó el archivo del expediente. La conclusión a la que llegó el órgano instructor se apoyaba en las siguientes consideraciones. Primero, el método de amortización mediante cuota constante, aunque era el más corriente, no era el único utilizado por las entidades. Segundo, la entidad prestamista era quien determinaba el método de amortización del capital porque se trataba de una de las condiciones de la concesión del préstamo, si bien en ocasiones éste podía acordarse conjuntamente con el prestatario. Tercero, la utilización generalizada del citado

⁶⁹ Resolución del TDC de 19 mayo 1997, expte. r. 208/97—*Entidades de crédito*, Rec. TDC 1997, p. 262 y ss.

⁷⁰ En particular, las dos irregularidades denunciadas eran: 1) “que a pesar de ser el método de amortización un parámetro sin influencia sobre la TAE (tasa anual efectiva) y, por tanto, sobre el beneficio obtenido por la entidad prestamista, sea ésta la que fije e imponga dicho parámetro”; y 2) “que el método de amortización impuesto por las entidades de crédito sea siempre el de cuota constante, que perjudica al prestatario, pues obliga a éste a pagar mayores intereses, ya que el capital se amortiza más lentamente que si el método fuera el de amortización constante”, (Antecedente de Hecho 9).

método de amortización bien podía deberse a que era la fórmula más sencilla y de tradicional uso del comercio, sin que existiesen pruebas de concertación entre las entidades de crédito⁷¹.

El denunciante presentó un recurso contra el acuerdo de archivo, el cual fue desestimado por el TDC. Básicamente, el Tribunal de Defensa de la Competencia entendía que el método de amortización del préstamo mediante cuota constante, ni se imponía a los clientes, ni resultaba más gravoso para los mismos. Por una parte, el método de cuota constante no era el único que aplicaban las entidades de crédito (aunque sí el más frecuente) y, además, en ocasiones, era el resultado del acuerdo de las partes⁷². Por otra, el citado método de amortización no perjudicaba al cliente, porque aunque pagase más intereses con el método de cuota constante, lo hacía más tarde, es decir, cuando el dinero tenía menos valor. La prueba de ello era que la TAE (que incluye las comisiones, el interés y el tiempo) era la misma en ambos métodos de amortización⁷³.

Consiguientemente, el Tribunal concluyó que el empleo generalizado del método de cuota constante se derivaba de su sencillez y de la comodidad que suponía para el prestatario conocer por adelantado la cantidad que le correspondía pagar en cada cuota, sin que existiese evidencia alguna de concertación entre las entidades de crédito de nuestro país⁷⁴. Por lo tanto, la autoridad de competencia resolvió desestimar el recurso y confirmar el acuerdo del Servicio por el que se archivaron las actuaciones.

En definitiva, los dos últimos casos expuestos ponen de relieve que la fijación colectiva de las condiciones económicas de los contratos de préstamo puede dar lugar a la existencia de un ilícito *antitrust*, siempre y cuando se demuestre que la uniformidad de

⁷¹ Antecedente de Hecho 6.

⁷² Fundamento de Derecho 2.

⁷³ Fundamentos de Derecho 4-5.

⁷⁴ Fundamento de Derecho 5.

conductas detectada se deba realmente a la existencia de un pacto entre los bancos y no sea simplemente consecuencia de la naturaleza de dicho contrato. Aplicando esta máxima, el Tribunal declaró que el paralelismo de tipos de referencia y de métodos de amortización detectado no era ilegal, pues el empleo de éstos parámetros no era el resultado de la concertación sino de la propia dinámica del mercado.

5. El asunto *Banca Privada* (1997)

La Asociación Española de la Banca Privada fue objeto de un segundo expediente del TDC como consecuencia de una denuncia por presuntas prácticas restrictivas de la competencia consistentes en la fijación uniforme de las comisiones por devolución de efectos. En particular, la denuncia hacía referencia a la elaboración por la AEB de un informe en el que se vertían ciertas recomendaciones a sus miembros en relación con los efectos devueltos⁷⁵.

Las entidades de crédito suelen fijar una comisión en aquellos supuestos en los que la clientela les entrega efectos –bien para gestionar su cobro, bien para su descuento– y tras su presentación a la entidad de los deudores, éstos resultan devueltos. El cobro de la citada tarifa puede dar lugar a situaciones abusivas para los clientes, por lo que el Servicio de Reclamaciones de Banco de España ha ido perfilando las condiciones que la comisión ha de reunir para adecuarse a *las buenas prácticas bancarias*⁷⁶. Así, en opinión del SRBE, no procede el cargo de la comisión cuando 1) no se informa previamente a los clientes de la existencia de la misma⁷⁷ 2) la devolución de

⁷⁵ Resolución del TDC de 30 diciembre 1997, Expte. r 262/97–*Banca Privada*, Rec. TDC 1997, p. 796 y ss.

⁷⁶ Vid., J.F. ROBLES ELEZ-VILLAROEEL (*Prácticas incorrectas*, p. 98 y ss.), quien entiende que las entidades de crédito no podrán, en ningún caso, cobrar comisiones cuando la devolución de los efectos tiene lugar como consecuencia del mal funcionamiento del sistema bancario, ni en los casos en los que se produce la devolución total de un efecto que podría haberse pagado parcialmente.

⁷⁷ Reclamación núm. 724/99, *Memoria SRBE [1999]*, p. 67.

los efectos no ha sido motivada por causas atribuibles a los deudores⁷⁸; o 3) existen otras alternativas que hubieran evitado el cobro de la comisión⁷⁹.

Pues bien, volviendo a la posible existencia de un ilícito *antitrust*, hay que señalar que la entidad denunciante entendía que la elaboración del citado informe infringía los artículos 1 y 6 de la LDC. Por una parte, el documento imponía a los miembros de la asociación una serie de normas sobre devolución de efectos —entre las que se encontraba la aplicación uniforme de una comisión— por lo que era contrario a la prohibición de pactos entre empresas rivales⁸⁰. Por otra, AUSBANC sostenía que los bancos asociados a la AEB detentaban una posición dominante colectiva en el mercado nacional⁸¹.

El Servicio de Defensa de la Competencia acordó el archivo del expediente por entender que no concurrían ninguna de las circunstancias que recogen los artículos 1 y 6 de la LDC. La argumentación del Servicio puede resumirse del siguiente modo. En primer lugar, el informe controvertido se limitaba a dar cuenta de las opiniones vertidas por el Servicio de Reclamaciones del Banco de España y por el servicio jurídico de la asociación. En segundo término, la AEB simplemente recomendaba a sus miembros adecuar las tarifas y condiciones a los criterios expresados por el SRBE, así como que prestasen especial atención a esta clase de reclamaciones. Por último, las entidades miembros de la asociación, pese a tener una participación importante en el mercado (en torno al 66 por ciento), no detentaban una posición de dominio colectiva en el mercado habida cuenta de las grandes diferencias estructurales y estratégicas que existían entre ellos⁸².

⁷⁸ Reclamaciones núms. 225/99, 247/99, 510/99, 2525/98 y 818/99, *Memoria SRBE [1999]*, p. 67-68.

⁷⁹ Reclamaciones núms. 2571/98 1329/99, *Memoria SRBE [1999]*, p. 67.

⁸⁰ Antecedentes de Hecho 1.1-1.3.

⁸¹ Antecedente de Hecho 1.4.

⁸² Antecedente de Hecho 4.

AUSBANC recurrió el acuerdo de archivo porque consideraba que el informe citado no se limitaba a exponer los argumentos del SRBE y los criterios de la AEB, sino que vertía una serie de recomendaciones por las que *se analizaba, buscaba justificación y potenciaba* el cobro de una comisión⁸³. Además, la entidad recurrente entendía que puesto que había sido acreditada la existencia de una conducta paralela de los bancos, no cabía desestimar el recurso sin examinar previamente si la naturaleza del servicio de gestión del cobro o descuento de efectos podía explicar adecuadamente dicha similitud de conductas⁸⁴.

Por su parte, la entidad demandada presentó un escrito de alegaciones en el que se declaraba que el informe controvertido tenía su origen en los contactos mantenidos por el grupo de trabajo de la AEB sobre asuntos jurídicos con el servicio de Reclamaciones del Banco de España, al objeto de conocer las razones que le habían llevado a estimar diversas reclamaciones contra la comisión por devolución de efectos. Posteriormente, la asociación elaboró el documento controvertido en el que se limitaba a dar cuenta de los resultados de las conversaciones tanto al grupo de trabajo creado al efecto como a los miembros que lo solicitaron⁸⁵.

Con estos antecedentes, el TDC declaró que procedía estimar los argumentos esgrimidos por la asociación de usuarios contra el acuerdo de archivo y, por tanto, ordenó que se devolviese el expediente al Servicio. Resulta significativa la advertencia que realizó el Tribunal en el sentido de que era necesario mantener una actitud vigilante respecto de empresas que —como los bancos— cuentan con destacados servicios jurídicos que les permiten utilizar medios más sofisticados para urdir prácticas anticompetitivas

⁸³ Antecedente de Hecho 6.

⁸⁴ Antecedente de Hecho 10.

⁸⁵ Así pues, la entidad demandada alegaba que “*en definitiva la nota de la AEB lo único que contiene son argumentos jurídicos que justifican la legalidad de la comisión de devolución a fin de que cada banco pueda de forma totalmente libre en cada caso decidir si procede o no el cobro de la comisión*” (Antecedente de Hecho 11).

que les favorezcan⁸⁶. Por otra parte, cabe añadir que, como es lógico, la resolución no se pronunció sobre la legalidad de la comisión por devolución de efectos en sí misma considerada, pues esta cuestión le correspondía decidirla a los tribunales de justicia⁸⁷.

La estimación del recurso contra el archivo se apoya fundamentalmente en la pobre instrucción que realizó el Servicio, así como en la endeblez de sus argumentos jurídicos. Ciertamente, el Tribunal de Defensa de la Competencia estimó que el informe elaborado por la AEB suscitaba numerosas dudas que sugerían que el Servicio no había analizado suficientemente la conducta denunciada.

En primer lugar, la resolución subrayó la necesidad de determinar qué tipo de relaciones se establecieron entre la asociación bancaria y el Servicio de Reclamaciones del Banco de España y su contenido, pues daba la impresión que estos contactos excedían del informe jurídico⁸⁸.

En segundo término, el Tribunal afirmó desconocer qué interés podía tener un informe meramente jurídico elaborado colectivamente por la AEB, pues sus miembros contaban con importantes servicios jurídicos e, incluso, para ciertos temas recibían consejo de los mejores asesores⁸⁹.

En tercer lugar, la resolución criticó también la falta de información existente acerca de quiénes eran los destinatarios del informe, pues la afirmación de la AEB de

⁸⁶ Fundamento de Derecho 4.

⁸⁷ Fundamento de Derecho 2.

⁸⁸ Fundamento de Derecho 3.

⁸⁹ Fundamento de Derecho 4.

que el documento fue enviado a aquellos miembros que lo solicitaron, exigía determinar quién tuvo efectivamente acceso al expediente y en qué condiciones⁹⁰.

Asimismo, el TDC estimó que las recomendaciones vertidas en el punto cinco del informe excedían del mero informe jurídico neutro. A su entender, alusiones a la necesidad de *reconducir el problema* creado o a la conveniencia de prestar la *máxima atención* a las reclamaciones existentes, iban más allá de la mera labor de asesoramiento legal⁹¹.

Finalmente, la resolución declaró que era preciso realizar un análisis detenido del mercado para determinar si los miembros de AEB detentaban o no una posición dominante colectiva en el mercado. En este sentido, se estimaba insuficiente la afirmación del Servicio de que las diferencias estructurales y estratégicas entre los miembros de la asociación excluían tal posibilidad⁹².

Por todo ello, el Tribunal devolvió el expediente al Servicio para que, por una parte, precisase el alcance de la colaboración entre los miembros de la AEB y, por otra, determinase si éstos gozaban colectivamente de una posición de dominio en el mercado. Posteriormente, el órgano instructor volvió a decretar el archivo de la causa, decisión que no fue recurrida por las partes. Lamentablemente, no existe información pública acerca de los acuerdos de archivo del SDC, de manera que nada se sabe acerca de los criterios que motivaron la decisión del órgano instructor⁹³. Y en el presente caso la

⁹⁰ Fundamento de Derecho 5. En este punto, el Tribunal criticó que la única diligencia practicada por el órgano instructor consistiese en una *agradable charla* con el Secretario General de la AEB de la que ni siquiera se dejó constancia documental de su contenido.

⁹¹ Fundamentos de Derecho 6 y 7.

⁹² Fundamento de Derecho 7.

⁹³ En este sentido, ha de lamentarse la falta de información existente acerca de los acuerdos del SDC por los que se archivan las actuaciones, los cuales simplemente se comunican a las partes y no son objeto de publicidad alguna. En efecto, tanto la recopilación anual de resoluciones que elabora el TDC, como el *web site* de nuestra autoridad de competencia <<http://www.mineco.es/TDC>> únicamente hacen referencia a los expedientes terminados mediante resolución del Tribunal.

ausencia de información es quizá más llamativa si se tienen en cuenta las circunstancias siguientes: 1) la expectación que había despertado la apertura del expediente en los medios de comunicación⁹⁴; 2) el constituir la primera vez que el TDC había planteado la posibilidad de aplicar el artículo 6 LDC (abuso posición dominante) respecto de una asociación bancaria de ámbito nacional; y 3) los términos en los que se había pronunciado el Tribunal al desestimar el recurso contra el archivo del expediente, llegando a afirmar que los medios jurídicos de que disponen los bancos hacen necesario extremar la precaución en el enjuiciamiento *antitrust* de sus conductas.

6. El expediente *Banco Hipotecario* (1999)

En septiembre de 1999 el Tribunal de Defensa de la Competencia examinó una reclamación de un particular contra el Banco Hipotecario por presuntas prácticas contrarias a los artículos 1 y 6 de la LDC. El Tribunal declaró que los hechos planteados en la denuncia eran de pura legalidad ordinaria, por lo que confirmó el archivo del expediente decretado por el Servicio⁹⁵.

Los hechos que motivaron la denuncia pueden resumirse del modo siguiente. El denunciante suscribió con el Banco Hipotecario un crédito hipotecario por valor de siete millones de pesetas. Ante la falta de pago, el banco demandado procedió a ejecutar la garantía hipotecaria, proceso que se vio interrumpido por la presentación de un recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la legislación especial sobre el procedimiento judicial sumario para la ejecución por el Banco Hipotecario. Acordada por el Tribunal Constitucional la tramitación del procedimiento según las disposiciones de la Ley Hipotecaria, el juez acordó solicitar al prestatario el abono de

⁹⁴ *Vid. Expansión*, miércoles 11 de marzo de 1998, portada y p. 21.

⁹⁵ Resolución del TDC de 29 de septiembre de 1999, Expte. r 375/99–*Banco Hipotecario*, Rec. TDC 1999, p. 568 y ss.

una cantidad superior a los veinticuatro millones de pesetas (en concepto de amortización del capital, intereses ordinarios e intereses moratorios)⁹⁶.

En estas condiciones, el cliente decidió presentar una denuncia ante las autoridades de competencia alegando que la conducta del Banco Hipotecario en materia de 1) tipos de interés ordinarios y de demora y 2) pretensión de cobro de intereses prescritos y en cantidad superior a la cobertura hipotecaria, constituía una conducta prohibida por los artículos 1 y 6 de la LDC⁹⁷. La entidad demandada, por su parte, alegó que las partes estaban ejerciendo las acciones que estimaban convenientes en la jurisdicción civil, pero que los hechos nada tenían que ver con la defensa de la competencia⁹⁸.

El Tribunal de Defensa de la Competencia dio la razón a la entidad de crédito demandada por entender que no existía infracción alguna de las normas *antitrust*. Por una parte, la resolución estimó que no era aplicable el artículo 1 de la LDC porque no se daba el presupuesto de la existencia de un acuerdo entre entidades competidoras: la celebración de un contrato de préstamo hipotecario entre el banco y su cliente no podía considerarse un *acuerdo* en el sentido del citado precepto. Por otra, el TDC declaró que el Banco Hipotecario carecía de la facultad de subir los precios o reducir la producción de sus competidores que caracteriza a las entidades con poder de mercado, por lo que tampoco existía una infracción del artículo 6 LDC. En definitiva, en opinión del TDC las cuestiones planteadas eran de pura legalidad ordinaria cuya competencia correspondía a la jurisdicción civil⁹⁹.

⁹⁶ Antecedente de Hecho 1.

⁹⁷ Antecedente de Hecho 1.

⁹⁸ Antecedente de Hecho 6.

⁹⁹ Fundamento de Derecho 2.

7. El expediente *Fecha de Valor Operaciones Bancarias* (2000)

Un aspecto que también incide en el precio de los servicios bancarios es la determinación de las fechas de valoración de los cargos y abonos de las operaciones bancarias. Ciertamente, cuando se trata de establecer el precio de un determinado servicio, es preciso conocer no sólo las tarifas y comisiones aplicables, sino también cuál es la fecha que se tendrá en cuenta para valorar la operación¹⁰⁰. Por ello, resulta interesante hacer referencia al expediente abierto por TDC con ocasión de una denuncia contra la AEB, la CECA y, en general, todos los bancos españoles a los que se acusaba de haber fijado colectivamente las fechas de valor de sus operaciones¹⁰¹.

Como regla general, las entidades de crédito españolas son libres para establecer las fechas de valor de sus operaciones, si bien sometidas a las limitaciones que determina el Banco de España¹⁰². En este sentido, la Circular 8/1990 establece los desfases máximos admisibles entre fechas de realización y valoración de las distintas operaciones bancarias. La citada normativa precisa la fecha de valoración de un amplio elenco de operaciones bancarias activas y pasivas, señalando que en las demás operaciones los adeudos y abonos se valorarán el mismo día que se efectúe el apunte, salvo si se producen movimientos de fondos fuera de la entidad, en cuyo caso los abonos se valorarán el día hábil siguiente a la fecha del apunte¹⁰³.

¹⁰⁰ Buena muestra de la relación que existe entre comisiones y fechas de valor es que las normas del Banco de España exigen que éstas últimas se incorporen también al folleto de tarifas y, por tanto, gocen del mismo régimen de publicidad que las comisiones. *Vid.* Circular 8/1990 del Banco de España de 7 de septiembre— *Entidades de crédito. Transparencia de las operaciones y protección de la clientela* (B.O.E. de 20 de septiembre).

¹⁰¹ Resolución del TDC de 7 de julio de 2000, Expte. r 386/99—*Fecha de Valor Operaciones Bancarias*.

¹⁰² Conviene subrayar que a pesar de la existencia de límites máximos fijados por el Banco de España, las entidades de crédito son libres para establecer condiciones más favorables para sus clientes. Este principio es consistente con la idea de promover la competencia bancaria que en general preside la regulación de los tipos y comisiones en nuestro país. *Vid. supra* el punto II.3.1.2 del capítulo primero.

¹⁰³ Anexo IV de la Circular 8/1990 del Banco de España.

En relación con el litigio *antitrust*, el denunciante sostenía que a pesar de que los límites señalados por el Banco de España tenían el carácter de máximos, en la práctica todos bancos españoles habían optado por aplicar las fechas de valor señaladas por el órgano supervisor, lo que constituía una práctica concertada incompatible con el artículo 1 LDC¹⁰⁴.

El Servicio de Defensa de la Competencia, no obstante, acordó el archivo del expediente por entender que no existían pruebas de concertación entre las entidades de crédito para ajustarse a los límites máximos fijados por el Banco de España. A su entender, la similitud de fechas de valor elegidas se debía a la existencia de límites máximos establecidos por vía reglamentaria, lo cual era perfectamente compatible con las normas *antitrust*¹⁰⁵.

Consultado por el SDC, el Banco de España remitió un informe en el que, si bien se reconocía el paralelismo de conductas, se estimaba que ello era consecuencia de la brevedad de los plazos máximos establecidos por la autoridad supervisora de los bancos españoles¹⁰⁶.

Así las cosas, el denunciante optó por recurrir el archivo de la causa ante el TDC. En su opinión, el paralelismo de conductas era tan evidente que hasta había sido reconocido por el Banco de España. Y lo que era más importante, el recurrente alegaba que no existía ninguna válida razón de negocios que justificase tal uniformidad, pues los plazos eran suficientemente amplios como para permitir que los bancos empleasen los avances tecnológicos a su alcance para ofertar mejores condiciones a sus clientes¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Antecedente de Hecho 3.

¹⁰⁵ Antecedente de Hecho 2.

¹⁰⁶ Fundamento de Derecho 5.

¹⁰⁷ Fundamento de Derecho 3.

Finalmente, el Tribunal de Defensa de la Competencia confirmó el archivo del expediente por estimar que no existían indicios de concertación entre los bancos españoles para fijar las fechas de valor de las operaciones bancarias. La resolución se apoyaba fundamentalmente en las dos ideas siguientes. Por una parte, la similitud de conductas se explicaba por el lógico interés que tenía cualquier entidad por disponer del mayor plazo de tiempo posible, sin que aparentemente esta decisión pudiese repercutir negativamente en la elección de la clientela¹⁰⁸. Por otra, el Tribunal estimó que no le correspondía resolver el debate acerca de si el plazo de tiempo de dos días podía acortarse merced a los adelantos técnicos, pues ello debía plantearse a la entidad encargada de regular la materia¹⁰⁹.

Así pues, el expediente confirmó la tesis expresada reiteradamente por el TDC en el sentido de que la similitud de tarifas de los bancos españoles sólo es ilegal cuando la única explicación racional para ello es la existencia de algún pacto entre ellas.

En definitiva, los casos que se acaban de exponer ponen de relieve que cualquier estipulación sobre los precios de los servicios prestados a la clientela, en caso de resultar acreditada, resulta incompatible con el artículo 1 de la LDC. Por tanto, las entidades de crédito deben abstenerse de realizar tales prácticas si quieren evitar la imposición de sanciones –aunque hasta el momento el Tribunal no haya impuesto ninguna en el sector– que pueden alcanzar hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio anterior a la resolución del TDC.

¹⁰⁸ Fundamento de Derecho 6.

¹⁰⁹ Fundamento de Derecho 7.

III. PACTOS SOBRE COMISIONES INTERBANCARIAS UNIFORMES

1. Actividad política relacionada con las tasas de intercambio y de descuento

A comienzos del año 1999, la cuestión de las comisiones bancarias vinculadas al pago con tarjetas adquirió notoriedad pública en nuestro país, principalmente debido a la presión ejercida por las asociaciones de pequeños comerciantes ante el abuso al que, entendían, estaban sometidos por las redes de tarjetas. Las quejas del pequeño comercio se referían a la tasa de descuento que tenían que pagar al banco cada vez que un cliente utilizaba su tarjeta. Básicamente, se entendía que el importe de la comisión de descuento, por una parte, era excesivo en relación con el coste del servicio y, por otra, era discriminatorio si se comparaba con el precio que abonaban las grandes superficies comerciales por el mismo servicio¹¹⁰.

En concreto, el importe de la tasa de intercambio de las tarjetas de crédito que se utilizan en España se estructura en, aproximadamente, veinte niveles en los que se agrupan los distintos tipos de establecimientos comerciales encuadrados, a su vez, en unas doscientas categorías. Según un informe elaborado por el Tribunal de Defensa de la Competencia en julio de 1999 —al que más tarde haremos referencia—, en aquella fecha los diversos niveles iban desde el más reducido situado por debajo del 1%, al más alto próximo al 6%, situándose la tasa media en torno al 3%.

De acuerdo con el citado informe, el importe de la tasa de intercambio que pagan los bancos españoles guarda una estrecha relación con la tasa de descuento que han de abonar los comerciantes por la tramitación de sus recibos de pago. En estas condiciones, la amplia banda de fluctuación de la tasa de intercambio (en función del tipo de establecimiento comercial afectado) perjudica a los comercios más pequeños, a los que

¹¹⁰ *Vid.*, por todos, el diario *El País*, del lunes 22 de febrero de 1999.

normalmente se les aplican tasas de descuento mayores debido a su reducido volumen de negocio.

Esta situación generaba un profundo desencanto entre los pequeños comerciantes que entendían que las sociedades de medios de pago les sometían a un trato discriminatorio, pues mientras que ellos tenían que pagar tasas de descuento que podían llegar al 6% del importe de sus ventas, las grandes superficies comerciales apenas alcanzaban el 1%. Además, el pequeño y mediano comercio estimaba que las tasas de descuento también eran abusivas porque no guardaban relación con el coste del servicio de pago con tarjetas. Por este motivo, la Confederación Española de Comercio (CEC) presentó en 1997 una denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia contra las sociedades de medios de pago por un supuesto abuso de posición dominante consistente en la fijación de tasas de descuento abusivas y discriminatorias. Además, a lo largo del año 1999 las asociaciones de pequeños comerciantes iniciaron diversas campañas de protesta contra una situación que consideraban injusta, permitiendo que la problemática de las comisiones vinculadas al pago con tarjetas alcanzase una notable relevancia social¹¹¹.

En estas condiciones, no es de extrañar que el asunto llegase al Congreso de los Diputados, en cuya sede los grupos parlamentarios popular y socialista presentaron diversas iniciativas encaminadas a reducir el importe de los pagos realizados por los comerciantes. En primer término, el 22 de enero de 1999 el Grupo Parlamentario Socialista presentó una Proposición de Ley en la que se proponía fijar por vía reglamentaria el importe máximo de las tasas de descuento que se cobran a los comerciantes¹¹². Por su parte, el Grupo Popular presentó el 9 de febrero de 1999 una Proposición no de ley en la que se demandaba la constitución de una comisión que

¹¹¹ *Vid. Expansión* de 6 de abril de 1999.

¹¹² *Vid. BOCG*, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie B, Proposición de Ley, núm. 269-1, 8 de febrero de 1999, p. 1 y ss.

integrarse a comerciantes, entidades participantes en los sistemas de pagos mediante tarjetas y expertos independientes con el fin de analizar los costes de las tasas de descuento en el pago con tarjetas y proponer nuevas líneas de actuación¹¹³. Finalmente, apenas dos semanas más tarde, el Grupo Socialista presentó una Proposición no de ley para la elaboración por el Tribunal de Defensa de la Competencia de un informe sobre las prácticas bancarias en materia de cobro de comisiones y sus efectos sobre la competencia¹¹⁴. En las páginas siguientes nos ocuparemos de las tres iniciativas parlamentarias adoptadas con el fin de reducir unas tarifas uniformes que se consideraban excesivas.

1.1 Posibilidad de fijar por vía reglamentaria comisiones máximas

En enero de 1999, el Grupo Socialista presentó una Proposición de Ley destinada a fijar topes máximos para las tasas de descuento. En particular, el PSOE solicitaba que las comisiones que han de pagar los comerciantes no pudieran ser superiores, en tasa anual equivalente, a 2,5 veces el tipo de interés legal del dinero vigente en cada momento¹¹⁵. Además, la iniciativa pretendía insistir en las obligaciones informativas de los bancos y reforzar la posición negociadora del pequeño comercio, permitiendo que los comerciantes se agrupasen a efectos de computar su volumen de negocios¹¹⁶. Los socialistas estimaban que el mercado de tarjetas no funcionaba en régimen de competencia debido a la falta de transparencia con la que se fijan las tasas de intercambio, por lo que era necesario introducir ciertas cautelas en favor de los comerciantes por vía reglamentaria¹¹⁷.

¹¹³ *Vid. DSCD*, Pleno y Diputación Permanente, VI Legislatura, Proposición no de ley, núm. 209, 9 de febrero de 1999, p. 11234 y ss.

¹¹⁴ *Vid. DSCD*, Comisiones, VI Legislatura, Proposición no de ley, núm. 632, 24 de febrero de 1999, p. 18366 y ss.

¹¹⁵ *Vid.* el artículo 7 de la Proposición de Ley.

¹¹⁶ *Vid.* los artículos 3 y 7 de la Proposición de Ley.

¹¹⁷ *Vid. DSCD*, Pleno y Diputación Permanente, VI Legislatura, Proposición de ley, núm. 250, 29 de junio de 1999, p. 13320 y ss.

La iniciativa fue rechazada por el pleno de la Cámara en julio de 1999¹¹⁸. En abril de 2000, el Grupo Socialista volvió a presentar una Proposición de ley para fijar tasas de descuento máximas, que actualmente está siendo tomada en consideración por el pleno¹¹⁹.

1.2 El acuerdo sectorial sobre reducción progresiva de tarifas

En aquellas fechas, el Grupo Parlamentario Popular presentó una Proposición no de ley, aprobada por unanimidad, por la que se instaba la creación de un grupo de trabajo formado por las asociaciones de comerciantes, entidades participantes en los sistemas de pago mediante tarjeta y expertos independientes, con el fin de reducir las tasas de descuento más elevadas que deben satisfacer los pequeños y medianos establecimientos comerciales.

Los promotores de la iniciativa entendían que la constitución de una mesa negociadora entre las partes afectadas constituía una alternativa válida frente a la regulación directa de las tasas máximas de descuento propuesta por los socialistas. En este sentido, la regulación de las tarifas se estimaba contraria al principio general de libertad que rige el establecimiento de los precios en el sistema financiero español. Por el contrario, el Grupo Popular entendía que la formación de una comisión con el fin de estudiar los problemas asociados al pago con tarjetas resultaba conforme a la legislación *antitrust*, básicamente porque se trataba de un acuerdo libremente adoptado por las entidades participantes¹²⁰.

¹¹⁸ Vid. BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Proposición de Ley, núm. 269-2 de 5 de julio de 1999, p. 5.

¹¹⁹ Vid. BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie B, Proposición de ley, núm. 21-1, 25 de abril de 2000, p. 1 y ss.

¹²⁰ Vid. DIRECTOR GENERAL DE COMERCIO INTERIOR, *Informe final y acuerdo de la Comisión especial para estudiar problemas derivados de la utilización de tarjetas como medio de pago*, junio de 1999.

El grupo de trabajo se reunió en cinco ocasiones durante los meses de abril y mayo de 1999, actuando como moderadores el Director General de Comercio Interior y la Secretaria de Estado de Comercio, Turismo y la Pequeña y Mediana Empresa. Las partes acordaron enfocar el debate sobre la tasa de intercambio, de forma que la reducción de ésta permitiese alcanzar el objetivo de reducir el margen de fluctuación de las tasas de descuento mediante el descenso de las comisiones más elevadas que deben pagar los pequeños comerciantes. Esta decisión se justifica, en opinión de las entidades negociadoras, porque la doctrina del TDC permite fijar colectivamente la tasa de intercambio pero no la tasa de descuento, que debe ser el resultado de la negociación libre entre los bancos y los establecimientos comerciales¹²¹.

Los representantes de las sociedades de medios de pago se comprometieron a reducir la tasa de intercambio de manera inmediata, fijando el límite máximo de la comisión en el 3,5% en julio de 1999, y a reducir progresivamente la tasa de intercambio máxima hasta alcanzar el 2,75% en el verano del 2002. Por su parte, las asociaciones de comerciantes asumieron la obligación de reforzar la posición negociadora de los comerciantes frente al banco adquirente mediante la divulgación de información sobre tarifas y prestación de asesoramiento a sus asociados. Además, los representantes de la Confederación Española de Comercio (CEC) se comprometieron a retirar la denuncia que habían presentado ante el Servicio de Defensa de la Competencia por conductas contrarias al artículo 6 LDC¹²².

Por último, en la medida en que se trata de un acuerdo entre competidores para fijar los precios (máximos) de sus servicios, las entidades participantes en el grupo de trabajo también acordaron presentar al SDC una solicitud de autorización singular para el convenio alcanzado. Esta solicitud dio lugar a la Resolución del TDC de abril de 2000 a la que más tarde nos referiremos.

¹²¹ *Vid. Informe final*, p. 2.

¹²² *Vid. Informe final*, p. 3-4.

1.3 El Informe del TDC sobre tarjetas bancarias (1999)

En julio de 1999, el Tribunal de Defensa de la Competencia emitió un informe sobre tarjetas bancarias que lleva por título “Sobre la situación de la competencia en el mercado de tarjetas de crédito, débito, monederos electrónicos y en particular sobre las relaciones entre las entidades financieras y el sector comercial con terminal de punto de venta instalado en el que se valora la eficacia de medidas orientadas a limitar el precio cobrado al sector comercial mediante el establecimiento de márgenes vinculados a índices financieros”¹²³. La conclusión más importante que se deriva del estudio es que la tasa de intercambio, en cuanto pacto entre entidades bancarias rivales, constituye un acuerdo de fijación de precios horizontal prohibido por el artículo 1 LDC. La autoridad de competencia estima, no obstante, que la comisión controvertida puede beneficiarse,

¹²³ A pesar de la extraordinaria importancia económica del negocio de las tarjetas y del innegable interés que tiene el asunto para los usuarios del servicio (tanto comerciantes adheridos como titulares de las tarjetas), el informe no ha sido objeto de publicación alguna por parte del TDC. Por una parte, no existe ningún precepto en la LDC que obligue al Tribunal a publicar los informes que realiza a instancia de otros organismos públicos en virtud del artículo 26.1 LDC. Por otra, los informes presentados por las autoridades públicas en las Comisiones del Congreso tampoco son objeto de publicación alguna. Así las cosas, la única vía para acceder al documento consiste en acudir al trámite de solicitud de informes a la Administración del Estado que contempla el artículo 7 el Reglamento del Congreso, si bien esta opción está reservada únicamente a los diputados. En nuestra opinión, resulta sumamente criticable la falta de transparencia de la que adolece la actividad de nuestras autoridades de competencia. De nada sirve denunciar, con justicia, la escasez de medios económicos con que cuenta el TDC, si después no se permite que el trabajo que realiza tenga la mayor difusión posible. Con el fin de evitar que se malgasten los escasos recursos disponibles estimamos que, aunque no exista obligación legal alguna, el Tribunal podría informar del contenido de los informes que emite a petición de otras administraciones públicas, del mismo modo que hace públicos los estudios que realiza en virtud de los párrafos segundo (trabajos de investigación) y tercero (informes sobre proyectos o proposiciones de ley) del artículo 26 LDC. En este sentido, cabe tomar como ejemplo la actitud informativa adoptada por las autoridades *antitrust* norteamericanas, quienes en cuestión de días y con las limitaciones que impone el respeto del principio de confidencialidad de las empresas implicadas, permiten al público en general consultar en sus *web sites* el desarrollo de los expedientes (alegaciones de las partes, testimonios de expertos, etc.), los discursos pronunciados por alguno de sus miembros, las directrices sectoriales elaboradas, etc. En todo caso, debe advertirse que existe una fuente indirecta para conocer la opinión del TDC en materia de comisiones interbancarias pues, en las fechas en las que se emitió el informe, el entonces presidente del TDC –Sr. Petitbo Juan– realizó una comparecencia ante la Comisión de Economía, Comercio y Hacienda del Congreso en la que se informó de su contenido (*DSCD*, Comisiones, VI Legislatura, Comparecencia, núm. 716, 16 de junio de 1999, p. 20499 y ss.).

en determinadas condiciones, de una exención porque constituye un mecanismo de compensación necesario para el correcto funcionamiento de la red de tarjetas¹²⁴.

El informe estima que el principal punto de preocupación en este ámbito radica en la conexión existente entre la tasa de intercambio interbancaria y la tasa de descuento que se cobra a los clientes comerciantes¹²⁵. El Tribunal sostiene que existe siempre un vínculo entre ambas tarifas porque conceptualmente la tasa de descuento ha de ser igual a la suma de la tasa de intercambio, más los costes y beneficios probables del banco adquirente. Así las cosas, cualquier variación en la comisión interbancaria repercute en el precio que habrán de pagar los clientes comerciantes por la tramitación de sus órdenes de pago¹²⁶.

Esta circunstancia obliga a extremar las cautelas a la hora de tramitar cualquier solicitud de autorización de la comisión controvertida. El TDC señala que únicamente cabe otorgar el beneficio que contempla el artículo 3 LDC cuando se cumplen las dos condiciones siguientes: por una parte, el proceso de fijación en común de la tarifa se lleve a cabo con la máxima transparencia; y, por otra, el importe de la comisión se establezca de acuerdo con parámetros objetivos, es decir, según los costes reales del sistema¹²⁷.

Por lo tanto, el estudio analizado establece que cada una de las sociedades de medios de pago que operan en España –Visa, 4B y Sistema 6000– deberán notificar al TDC los acuerdos adoptados en su seno para establecer las tasas de intercambio y sus sucesivas modificaciones con el fin de obtener una autorización singular. En opinión del

¹²⁴ *Vid.* Informe del TDC, p. 7.

¹²⁵ Este es también uno de los principales focos de atención de las autoridades comunitarias, como lo demuestra la decisión de la Comisión en el caso *Bancos Holandeses: acuerdo GSA 1999*. *Vid. supra* el punto III.5 del capítulo tercero.

¹²⁶ *Vid.* Informe del TDC, p. 5.

¹²⁷ *Vid.* Informe del TDC, p. 7-8.

Sr. Petitbo Juan, el sometimiento al procedimiento que establece el artículo 4 LDC constituirá un instrumento muy útil para garantizar en el futuro que las tasas de intercambio se adaptan tanto a los costes y riesgos de las distintas transacciones, como al tipo de actividad desempeñada por los establecimientos comerciales en los que se realizan las transacciones¹²⁸.

Es menester señalar, además, que el informe de 1999 también examina la problemática *antitrust* de las normas internas que prohíben a los establecimientos comerciales ofrecer descuentos a los clientes que abonan sus compras en metálico. El TDC manifiesta sus reservas acerca de la denominada regla de *no-discriminación* porque puede suponer una imposición de condiciones restrictivas que no son estrictamente necesarias para el funcionamiento del servicio. Al respecto, se recuerda que las autoridades *antitrust* de algunos Estados miembros han decidido prohibir dicha norma interna, si bien se condiciona la decisión final a la realización de futuros estudios de acuerdo con los parámetros fijados por las autoridades de Bruselas¹²⁹. Por tanto, tras el anuncio de la Comisión de que no va a perseguir esta clase de reglas internas¹³⁰, cabe prever que nuestras autoridades seguirán sus pasos en el futuro y adoptarán una actitud favorable respecto de la regla de *no-discriminación*.

En síntesis, entendemos que el informe sobre tarjetas bancarias pone de manifiesto que el TDC ha realizado un análisis cuidadoso de la cuestión, siguiendo de cerca las pautas emanadas por los servicios de competencia de la Comisión Europea. Debemos señalar que la postura adoptada adolece también de ciertas incorrecciones en buena medida *heredadas* de las autoridades comunitarias. En este sentido, cabe destacar que el TDC se limita a examinar el caso de las tarjetas (de crédito y de débito) sin considerar el supuesto de los cajeros automáticos en los que, como se ha dicho

¹²⁸ Vid. Comparecencia del presidente del TDC, p. 20502.

¹²⁹ Vid. Comparecencia del presidente del TDC, p. 20502.

¹³⁰ Vid. *supra* el punto III.6.2 del capítulo tercero.

reiteradamente, el cobro de la tasa de intercambio resulta mucho más controvertido. A nuestro entender, constituye un grave error equiparar –al menos por omisión– las redes de tarjetas de crédito con las de cajeros, pues en este último caso existen alternativas competitivas que sin duda merecen ser estudiadas¹³¹.

2. El expediente *Tasas de Pago con Tarjeta* (2000)

En cumplimiento de sus compromisos con las asociaciones de pequeños comerciantes, las sociedades de medios de pago españolas –Visa España, Sistema 4B y Sistema 6000– presentaron en julio de 1999 una solicitud de autorización singular para el acuerdo alcanzado con las asociaciones de comerciantes por el que se establecen tasas de intercambio máximas aplicables en las relaciones entre las entidades de crédito pertenecientes a cada sistema.

Es importante destacar que la resolución del TDC que resolvió el expediente de autorización, se limitó a examinar el pacto de mayo de 1999 por el que las sociedades de medios de pago se comprometieron a reducir progresivamente sus tasas de intercambio máximas. Por tanto, la resolución no se pronuncia sobre el sistema elegido por cada marca de tarjetas para fijar las tasas de intercambio que rigen las relaciones entre sus miembros; tales sistemas constituyen un acuerdo de precios entre los bancos participantes que debe ser notificado individualmente al TDC para que se pronuncie sobre si se dan las condiciones que justifiquen su autorización¹³².

Durante la tramitación del expediente, el Servicio de Defensa de la Competencia informó favorablemente sobre la autorización singular solicitada por entender que el compromiso de reducir progresivamente las tasas de intercambio máximas no suponía

¹³¹ *Vid. supra* el punto IV.2 del capítulo segundo.

¹³² Resolución del TDC de 26 de abril de 2000, Expte. A 264/99–*Tasas Pago con Tarjeta*.

en modo alguno que las distintas redes de tarjetas aplicasen tasas uniformes¹³³. Además, en esta fase previa, una asociación madrileña de comerciantes solicitó que se incluyese una cláusula en el convenio indicando que la tasa de descuento no podía exceder el importe de la comisión de intercambio, pues con ello se garantizaría que la rebaja pactada beneficiase a los establecimientos comerciales¹³⁴.

En abril de 2000, el Tribunal de Defensa de la Competencia resolvió conceder la autorización solicitada, con un voto particular concurrente formulado por dos de sus vocales. La resolución declaró que el pacto infringía el artículo 1 LDC porque suponía un acuerdo de fijación de precios entre tres importantes competidores en el mercado. El Tribunal estimó, no obstante, que el convenio cumplía las condiciones que el artículo 3 LDC exige para conceder una exención. En primer lugar, el acuerdo promovía el eficaz funcionamiento de los servicios bancarios lo cual, en ocasiones, requería la adopción de un sistema de retribución uniforme. En segundo término, la clientela participaba efectivamente de las ventajas del acuerdo porque cabía esperar que el pacto sobre la comisión de intercambio produjese una reducción de la tasa de descuento y, en último término, del precio de los bienes y servicios. Finalmente, el acuerdo no eliminaba la competencia entre las empresas participantes porque cada red de tarjetas era libre para fijar su propia tasa de intercambio. En este sentido, el convenio tampoco anulaba la libertad de actuación de las entidades de crédito con sus clientes, toda vez que sólo la tasa de intercambio de cada sistema en particular afectaba a la tasa de descuento a pagar por la clientela¹³⁵.

El voto particular emitido por los vocales Srs. Martínez Arévalo y Castañeda Boniche, aunque coincidía con la mayoría en cuanto a la decisión final, discrepaba de los argumentos esgrimidos a la hora de valorar las condiciones de exención. Los dos

¹³³ Antecedente de Hecho 2 y 5.

¹³⁴ Antecedente de Hecho 6.

¹³⁵ Fundamento de Derecho Tercero.

vocales recordaron que la doctrina del TDC, expresada en el Informe de 1999, sometía las tasas de intercambio de cada sistema de pagos al trámite de autorización singular, en el que el Tribunal debería valorar si el mecanismo de fijación de la tarifa uniforme cumplía las exigencias de transparencia y objetividad que justifican su autorización. Según el esquema ideal de funcionamiento contemplado por el Tribunal, la fijación de la tasa uniforme debería realizarse en función del coste del servicio y del riesgo de impago, lo cual permitiría que las distintas redes de tarjetas compitiesen entre sí tratando de ofrecer mejores precios a sus clientes mediante el empleo de técnicas de gestión interna más eficientes.

Pues bien, el citado voto particular declaró que el acuerdo sectorial de 1999 no suponía un paso adelante en la evolución hacia ese modelo ideal; es más, *en ciertos aspectos representaba todo lo contrario*. Por una parte, el acuerdo no fomentaba la fijación de las tasas de intercambio en función de los costes del servicio, sino que simplemente proponía una reducción arbitraria de las mismas. Por otra, el convenio firmado por las tarjetas bancarias que operan en España, en lugar de fomentar la competencia entre redes, lo que hacía era fijar concertadamente precios máximos iguales para todas ellas. Lamentablemente, a pesar de lo acertado de sus críticas, los vocales Srs. Martínez Arévalo y Castañeda Boniche optaron por sumarse a la decisión de la mayoría en favor de la concesión de la autorización, porque entendían que la duración limitada del acuerdo y sus efectos beneficiosos a corto plazo para los comerciantes, permitían concluir que no obstaculizaba la evolución deseable a largo plazo hasta el punto de exigir su rechazo.

En nuestra opinión, la decisión del Tribunal de Defensa de la Competencia que comentamos resulta, cuando menos, sorprendente porque se aparta de las soluciones

propuestas tanto por la Comisión Europea, como por el propio Tribunal en su informe de 1999¹³⁶.

En efecto, la resolución del TDC es incompatible con la doctrina de la Comisión dado que los dos aspectos que más preocupan a la autoridad comunitaria son el carácter indispensable de la tasa de intercambio y la necesidad de que la competencia entre sistemas compense las limitaciones impuestas a los bancos adheridos a la red. En relación con el primero de estos elementos, la autoridad comunitaria sostiene que la tasa de intercambio puede autorizarse sólo en la medida en que constituye un mecanismo indispensable para asegurar la remuneración de los servicios que se prestan entre sí los bancos adheridos a una red de tarjetas. En los modernos sistemas de pagos en los que participan un número muy elevado de entidades que tramitan sus órdenes de pago por vía electrónica con suma rapidez, la fijación con carácter previo de tarifas uniformes se considera una alternativa más razonable que la negociación bilateral del importe de los servicios cada vez que se realiza una transacción¹³⁷. Pues bien, a nuestro entender ninguna de estas razones se dan en el caso del acuerdo para fijar tasas de descuento máximas comunes para todas las tarjetas: las redes de tarjetas pueden funcionar perfectamente sin pactar tarifas comunes con sus competidoras —como han venido haciendo hasta ahora— por lo que el acuerdo no se puede considerar en modo alguno indispensable para lograr un servicio de tarjetas más eficiente. Por otra parte, es importante poner de relieve que a pesar de que el artículo 3 LDC también impone esta condición, la resolución del TDC no hace ninguna referencia a ella, lo que puede interpretarse como un reconocimiento implícito de las dificultades que entraña acreditar el carácter necesario del acuerdo¹³⁸.

¹³⁶ Vid. el comentario crítico sobre la resolución que elaboramos para su publicación en *ADI*, vol. 21, 2000 (en prensa).

¹³⁷ Vid. *supra* los puntos II y III del capítulo tercero.

¹³⁸ Esta omisión es significativa pues, como pone de relieve TOBÍO RIVAS (*La autorización de medidas limitativas*, p. 94) al hablar del precepto equivalente a nuestro artículo 3 en el Tratado CE, las cuatro condiciones de autorización tienen carácter acumulativo dado que “todas y cada uno de los requisitos (...) se deben cumplir en cada supuesto”.

Además, la decisión del TDC resulta difícil de sostener desde el punto de vista del requisito de que el acuerdo no permita eliminar la competencia en una parte substancial del mercado. La resolución sostiene que la competencia entre tarjetas no se verá afectada porque el acuerdo no se traduce en comisiones iguales para todas ellas. En nuestra opinión, este argumento no se sostiene pues es evidente que la reducción convencional de los márgenes de fluctuación de las tarifas reduce las posibilidades de competencia en precios entre las redes de tarjetas rivales. Y este dato es importante pues, como es sabido, la Comisión Europea otorga a la competencia entre redes de tarjetas (*inter-system competition*) un papel relevante a la hora de contrarrestar los efectos negativos que las tasas interbancarias comunes entrañan en el plano de las relaciones dentro de cada sistema (*intra-system competition*).

Por otra parte, la resolución controvertida se distancia de las recomendaciones del informe emitido por el Tribunal un año antes. En efecto, en su estudio de 1999 el Tribunal de Defensa de la Competencia parecía sugerir que el criterio que debía guiar la política de competencia en este ámbito era la preocupación por garantizar que las comisiones uniformes guardasen relación con el coste del servicio y los riesgos asumidos por la entidad emisora de la tarjeta¹³⁹. Entendemos que no parece que la mejor opción en esta línea sea la de reunir a las sociedades de medios de pago que operan en España con el fin de reducir sus tarifas sin referencia alguna a parámetros objetivos.

En definitiva, por las razones expuestas, estimamos que la resolución comentada carece de fundamentos sólidos que permitan autorizar un pacto en el que participan las tres sociedades de medios de pagos que operan en nuestro país. En esta línea se pronuncia F. Zunzunegui, quien atribuía la falta de publicidad que en su día se dio al acuerdo a que se trataba de un acuerdo manifiestamente ilegal¹⁴⁰. Así las cosas, tal vez la verdadera motivación de la resolución haya que buscarla en la fase de gestación del

¹³⁹ Vid. *supra* el punto III.1.3 del presente capítulo.

¹⁴⁰ Vid. F. ZUNZUNEGUI, *Expansión*, 14 de junio de 1999, p. 62-63.

pacto que tuvo lugar en una mesa de negociación entre comerciantes y bancos en la que participaron relevantes cargos del Ministerio de Economía. Sin duda, la desestimación de la solicitud de autorización hubiera sido políticamente difícil porque habría dejado en mal lugar al Gobierno y, además, hubiera sido mal entendida por los representantes del pequeño comercio quienes consideraban que pagaban comisiones excesivas¹⁴¹.

A nuestro modo de ver es preciso invocar el principio de libre competencia como única solución posible a los inconvenientes que plantean las comisiones uniformes para el pequeño comercio, a pesar de la poca confianza que parecen haber depositado en él las autoridades económicas de nuestro país. En este sentido, entendemos que en lugar de propiciar prácticas concertadas entre las redes de tarjetas, lo que debería hacerse es permitir que el TDC cumpla con el compromiso anunciado en su informe de 1999 e investigue las tasas de intercambio que aplica cada tarjeta en particular con el fin de determinar si se dan las condiciones que justifican su excepción. De este modo, se garantizaría la protección de los intereses de los pequeños comerciantes en la medida en que se aseguraría que las comisiones uniformes guardan relación con el coste del servicio y no constituyen un mero pretexto para eliminar la competencia en el mercado. El recurso a precios *justos* fijados arbitrariamente por las entidades participantes en el mercado puede resultar atractivo para los comerciantes a corto plazo, pero resulta inadmisibles desde el punto de vista del Derecho de la Competencia, pues como ha señalado el Tribunal Supremo norteamericano en su célebre sentencia *Trenton Potteries* “*el poder de fijar precios, ya sea ejercido razonablemente o no, lleva consigo el poder de controlar el mercado y establecer precios arbitrarios y no razonables. El precio*

¹⁴¹ En todo caso, conviene señalar que la intervención del Gobierno en la constitución de la mesa de negociación y posterior desarrollo de los debates no excluye, en modo alguno, que el pacto constituya un acuerdo entre empresas prohibido por la legislación *antitrust*. Sería diferente si el Gobierno hubiese optado por imponer directamente tasas de intercambio máximas por vía reglamentaria, en cuyo caso estaríamos ante una disposición estatal no susceptible de control por los órganos de competencia. *Vid. supra* el punto IV.2.2 del capítulo tercero.

*considerado hoy razonable puede convertirse en un precio no razonable mañana en virtud del cambio de las circunstancias del negocio o de la economía*¹⁴².

3. El expediente Sistema Euro 6000 CECA (2001)

El Tribunal de Defensa de la Competencia retomó aparentemente la senda correcta en el presente expediente en que se abordó propiamente la problemática de las tasas de intercambio pactadas en el seno de una particular red de tarjetas. En concreto, se trataba de analizar el procedimiento de fijación de la comisión entre las entidades de crédito participantes en la red Euro 6000¹⁴³.

Inicialmente, Sistema Euro 6000 era un órgano de la Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA) encargado de gestionar y procesar las tarjetas emitidas por las cajas de ahorro adheridas a la red y que operan en España. Con posterioridad a la notificación del acuerdo, la confederación decidió segregar de la CECA el Sistema Euro 6000, constituyendo para ello una nueva sociedad EURO 6000, S.A., que se ha subrogado en las funciones que hasta la fecha venía ejerciendo Sistema Euro 6000. Pues bien, anteriormente Sistema Euro 6000 y hoy la sociedad Euro 6000, se encargan de regular las condiciones técnicas, operativas y económicas de funcionamiento de las tarjetas. La gestión del funcionamiento de la red se realiza con independencia de la confederación española de cajas¹⁴⁴.

En su preceptivo informe, el Servicio de Defensa de la Competencia se mostró partidario de conceder una autorización a la tasa interbancaria uniforme porque entendía

¹⁴² *United States v. Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392, 397-98 (1927).

¹⁴³ Resolución del TDC de 9 de julio de 2001, Expte. A 287/00–Sistema Euro 6000 CECA.

¹⁴⁴ Antecedente de Hecho 3.

que era necesaria para el funcionamiento eficiente de la red y cumplía los criterios de transparencia y objetividad establecidos por el Tribunal¹⁴⁵.

El Tribunal de Defensa de la Competencia adoptó como punto de partida que la tasa de intercambio constituye un mecanismo necesario para garantizar el correcto funcionamiento de los modernos sistemas de pagos, por lo que el objetivo del expediente se reducía a examinar si la metodología técnica adoptada para la fijación de la comisión uniforme era susceptible de ser autorizada¹⁴⁶.

El sistema elegido para fijar la tasa de intercambio se estructura en tres fases¹⁴⁷. La primera se inicia con la delimitación de los distintos *sectores de actividad* que agrupan los comercios y empresas que aceptan las tarjetas en función del tipo de actividad que desarrollan. Posteriormente se asigna a cada sector una determinada tasa de intercambio en función de criterios puramente objetivos: se calcula la facturación sectorial por comercio y año en los intercambios con tarjetas de la red Euro 6000 y a partir de ese dato se les atribuye un coeficiente de actividad al que se le asigna una determinada tasa de intercambio.

En segundo término, las normas establecidas por Euro 6000 le permiten ajustar las tasa de intercambio que le correspondería a cada sector, cuando *exista una razón objetiva que lo justifique*. A su entender, esta opción es necesaria para poder competir con otras redes de tarjetas, para corregir la tasa común en el caso de que se alteren las condiciones del mercado (por ejemplo, por un fuerte aumento del fraude en un sector

¹⁴⁵ Además, el Servicio de Defensa de la Competencia sostenía que a pesar de la tasa de intercambio, subsistía cierta competencia entre las redes de tarjetas dado que cada una podía 1) valorar y agrupar los sectores económicos de manera diferentes; y 2) ajustar las tasas de intercambio en función de sus objetivos comerciales o estratégicos, (Antecedente de Hecho 6).

¹⁴⁶ En este sentido, el Tribunal se remite al Informe de julio de 1999 y a la resolución de abril de 2000 que acabamos de exponer. Fundamentos de Derecho 2 y 3.

¹⁴⁷ Las normas de funcionamiento de la tarjeta Euro 6000 se explican en el Fundamento de derecho 3.

determinado), para incentivar el uso de la tarjeta en determinados sectores infrutilizados o para poder seguir las directrices de la Administración (por ejemplo, en el pago de impuestos).

Finalmente, el proceso de fijación de la tasa común prevé asimismo que Euro 6000 pueda ajustar la tasa de intercambio a clientes específicos en atención a su volumen de negocios, relevancia comercial, disponer de sus propios terminales electrónicos o cualquier otra circunstancia que los diferencie del resto de establecimientos pertenecientes a la misma categoría.

A pesar de que el sistema elegido concede cierta discrecionalidad a la sociedad gestora de la tarjeta para ajustar las tarifas uniformes a las condiciones particulares de un determinado sector o cliente, el Tribunal emitió una opinión favorable por estimar que las disposiciones notificadas respetaban los requisitos de objetividad y transparencia de su doctrina precedente. La resolución viene a reconocer que es precisamente este margen de libertad lo que permite que subsistan posibilidades de competencia entre las distintas tarjetas, no sólo en la asignación de los establecimientos a cada sector de actividad, sino también en la concesión de condiciones especiales en función de la situación que atraviesa un determinado sector o de la importancia de un determinado cliente¹⁴⁸.

En nuestra opinión, la existencia de cierto margen de libertad en favor de las sociedades gestoras de medios de pago no es sólo una consecuencia inevitable, sino también deseable, del establecimiento de una tasa de intercambio uniforme. Sólo de este modo puede subsistir cierto grado de competencia entre las distintas tarjetas para fomentar determinadas áreas de negocio o tratar de captar a mejores clientes. Sin embargo, es precisamente la existencia de este ámbito de discrecionalidad reducido lo

¹⁴⁸ Fundamento de Derecho 5.

que obliga a las autoridades de competencia a examinar si las tasas uniformes siguen siendo objetivas y transparentes.

En este sentido, entendemos que la resolución del Tribunal no ha investigado suficientemente la objetividad del mecanismo establecido por Euro 6000. La experiencia norteamericana demuestra que si se quiere dar un cierto margen de discrecionalidad a las tarjetas para decidir su tarifa uniforme, es preciso garantizar que el órgano encargado de tomar esta decisión actúe en interés de la sociedad y no de alguno de sus miembros¹⁴⁹. A estos efectos, debe atenderse a la composición del órgano que fija la tarifa ya que si éste está integrado equitativamente por entidades emisoras y adquirentes, se asegurará que el interés de los bancos emisores por aumentar la tarifa uniforme que van a percibir, sea compensado por la posición de los bancos adquirentes que tienen que pagar la citada comisión.

Además, cuando la red de tarjetas hace uso de su margen de elección para fijar la tarifa uniforme, es preciso asegurar que la decisión se fundamenta en sólidos estudios de costes del servicio o de la situación del mercado. De esta manera se permite a las redes bancarias competir entre ellas evitando que se puedan tomar decisiones arbitrarias. Otra garantía adicional en este sentido consiste en que una entidad independiente tome parte en la decisión o que exista el compromiso de revisar las tarifas periódicamente a la vista de la evolución de los mercados¹⁵⁰.

Pues bien, nada de esto se ha hecho en el presente expediente por lo que estimamos que el Tribunal no ha valorado suficientemente si se cumplen las garantías que se derivan de su propia doctrina sobre tasas de intercambio. En síntesis, el Tribunal acierta al señalar que es preciso dejar un cierto margen de discrecionalidad a la sociedad gestora de la tarjeta para que pueda existir competencia entre redes, pero se equivoca al

¹⁴⁹ *Vid. supra* el punto III.4.2 del capítulo segundo.

¹⁵⁰ *Vid. supra* el punto III.4.2 del capítulo segundo.

no reconocer que es precisamente esta libertad necesaria, la que le obliga a investigar la objetividad y transparencia de las concretas decisiones de precios adoptadas colectivamente.

4. Valoración

El análisis del Informe de 1999 y de los expedientes examinados por el Tribunal de Defensa de la Competencia nos permite constatar la recepción por parte de nuestras autoridades *antitrust*, de las tesis actualmente vigente en el plano comunitario en materia de comisiones bancarias. En efecto, el TDC adopta como punto de partida la idea de que la tasa de intercambio guarda relación con la tasa de descuento que pagan los clientes-comerciantes de los bancos, por lo que estima que es preciso establecer ciertas cautelas que garanticen que la comisión interbancaria se fija en función de los costes del servicio y de los riesgos asumidos por las entidades participantes. Como es sabido, en el plano comunitario la Comisión ha establecido similares condiciones, particularmente en relación con aquellos medios de pagos que no tienen que hacer frente a una competencia fuerte de otros sistemas¹⁵¹.

No obstante, a nuestro modo de ver la aplicación práctica de los principios enunciados en el informe de 1999 ha sido deficiente, tanto en lo que hace a la autorización del acuerdo sectorial de reducción de precios en el año 2000, como a la posterior investigación de las normas de funcionamiento de Euro 6000. Por una parte, la aprobación del convenio firmado por los establecimientos comerciales con los representantes de las tarjetas, se debió más a criterios de oportunidad política a corto plazo que a un análisis serio y riguroso de las consecuencias que podía tener la fijación de tarifas máximas comunes para todas las redes de tarjetas que operan en España. Por otra, en la decisión sobre la autorización de la tasa de intercambio establecida por Euro 6000, aunque se adopta un punto de partida consecuente con los presupuestos

¹⁵¹ *Vid. supra* el punto III.6.1 del capítulo tercero.

comunitarios, se echa en falta un análisis más riguroso de las normas de funcionamiento del sistema que nos permita garantizar que el órgano encargado de adoptar la decisión sobre las tarifas uniformes actuará objetivamente en beneficio de la red y no de alguno de sus miembros.

En suma, defendemos la conveniencia de que el Tribunal de Defensa de la Competencia continúe también en la tramitación de sus expedientes, la línea trazada por las autoridades comunitarias e investigue el efectivo papel que juegan las comisiones en el seno de las redes bancarias. Como no nos cansamos de repetir, la correcta solución a los casos planteados obliga a realizar serios y minuciosos estudios de las condiciones del mercado, que permitan comprender cuáles son los efectos de las conductas examinadas y cuál será la solución que resulte más eficiente a largo plazo.

CONCLUSIONES

I.- En los Estados Unidos, tradicionalmente se han empleado dos métodos de análisis contrapuestos para determinar cuándo un acuerdo entre empresas infringe el artículo 1 de la *Sherman Act*. Por una parte, en virtud de la regla *per se*, se estima que el carácter anticompetitivo es inherente a determinadas categorías de acuerdos y que, por tanto, éstos se presumen ilegales sin necesidad de examinar la intención de las partes o el efecto que dichas conductas pudieran tener sobre el mercado. Por otra parte, el test de la *rule of reason* entraña la necesidad de examinar los efectos de la conducta controvertida sobre el mercado antes de poder concluir si ésta infringe o no la *Sherman Act*.

La interpretación del artículo 1 de la *Sherman Act* se ha ido adaptando constantemente a la evolución de los mercados y del pensamiento económico norteamericano. Coincidiendo con el período de esplendor de la Escuela de Harvard, entre los años cuarenta y setenta, la regla *per se* se convirtió en el método de análisis principal en el Derecho *antitrust* norteamericano. Posteriormente, a finales de la década de los setenta debido a la influencia de las enseñanzas de la Escuela de Chicago, la jurisprudencia comenzó a circunscribir el uso de la regla *per se* a determinados supuestos y a ampliar paulatinamente el ámbito de aplicación de la *rule of reason*. Por último, desde los años ochenta la regla de lo razonable se ha convertido en el método de aplicación preponderante en el Derecho *antitrust* norteamericano.

II.- Los detractores del método *per se* señalan que la rapidez y sencillez que se persigue con la aplicación de prohibiciones absolutas se traduce, en la práctica, en un enjuiciamiento de las conductas excesivamente rígido y formalista que, por no tener en cuenta los efectos de las mismas en el mercado, con frecuencia impide la realización de proyectos empresariales favorables para la industria. Además, se cuestiona la utilidad práctica de la regla *per se* ya que el mero hecho de establecer una clasificación categórica de conductas no evita el problema de determinar a qué categoría pertenece la práctica enjuiciada en cada caso. Así las cosas, los tribunales precisan llevar a cabo un

detenido examen del mercado antes de poder concluir si aplican la presunción de ilegalidad inherente a la regla *per se*.

A pesar de su aparente victoria, el método de la *rule of reason* tampoco está exento de inconvenientes dado que complica extraordinariamente el desarrollo de los procesos judiciales y favorece a las empresas que infringen las normas de competencia, porque impone una carga excesiva a la parte demandante que tiene que acreditar la realidad del daño a la competencia.

Ante tales dificultades, los tribunales norteamericanos han desarrollado una metodología de análisis intermedia que permite considerar las posibles virtudes procompetitivas de una conducta, sin tener que acreditar antes el carácter lesivo de la misma. Esta técnica objeto de numerosas denominaciones –entre las que destacan “*quick look*”, “*hard-boiled*” o “*truncated*” *rule of reason*– constituye un híbrido entre la regla *per se* y la *rule of reason* pues se apoya en presunciones de ilegalidad para ciertos acuerdos, al tiempo que permite entrar a valorar las posibles virtudes procompetitivas de esas mismas conductas

III.- En la actualidad asistimos a una armonización de las categorías *per se* y *rule of reason* debido a la extensión del proceso de caracterización de las conductas inherentemente ilegales, la reducción de los supuestos a los que se aplica la regla *per se* y la progresiva simplificación de la *rule of reason*. En estas condiciones, la doctrina mayoritaria estima que ya no tiene sentido hablar de dos (o incluso tres) sistemas contrapuestos, sino de un único mecanismo de aplicación común para todas las conductas restrictivas de la competencia. Se considera que aún en el caso de las restricciones de la competencia más flagrantes, ha de plantearse siempre la cuestión de si existe alguna válida razón que pueda justificar en último término su imposición. De acuerdo con este punto de vista, las categorías *per se*, *quick look* y *rule of reason* hacen

referencia simplemente a diferentes puntos de una escala variable en función del grado de investigación necesaria en cada caso concreto.

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos parece haber refrendado esta idea en su sentencia *California Dental Association* (1999), en la que se afirma que los métodos de análisis *antitrust* no constituyen categorías contrapuestas sino distintos niveles en la escala de instrumentos probatorios a utilizar en cada caso. En este sentido, la sentencia confirma que es posible sancionar una conducta restrictiva sin necesidad de atravesar todas las fases de la *rule of reason* plena si bien, al mismo tiempo, el tribunal advierte contra los intentos de aplicar dicho estándar con excesiva celeridad, es decir, sin exigir al demandante que pruebe la existencia de un daño a la competencia.

IV.- En la Comunidad Europea, la aplicación tradicional del artículo 81 CE por las autoridades de competencia se apoyaba en el examen del contenido de los contratos, en lugar de en el análisis económico de sus consecuencias en el mercado. De acuerdo con estos parámetros, la Comisión entendía que bastaba probar la existencia de cualquier limitación convencional de la libertad de actuación de las empresas, para entender que se había producido una restricción de la competencia en el sentido del artículo 81.1 CE. Por supuesto, no todos los acuerdos restrictivos se consideraban inaceptables, pero la decisión sobre su compatibilidad con el comercio comunitario debía realizarse en sede del artículo 81.3 CE. En la práctica, esta estricta doctrina significaba que casi todos los convenios entre empresas rivales –en cuanto limitan la libertad de actuación de las partes contratantes– se podían considerar acuerdos restrictivos de la competencia y, por tanto, nulos de pleno derecho a menos que recibieran el visto bueno de la Comisión en forma de autorización singular.

V.- La rigidez formal que caracterizó hasta fechas recientes la actuación de la Comisión se explica, en primer lugar, por la pluralidad de objetivos que persiguen las normas de competencia del Tratado CE; en efecto, la subordinación a objetivos distintos

de la eficiencia económica provocó el rechazo del método basado en el análisis económico de las conductas y su sustitución por una interpretación excesivamente formalista de los acuerdos que ignoraba sus efectos sobre el mercado. Otros factores que propiciaron la actitud estricta adoptada por la Comisión fueron la propia estructura prohibición-autorización del artículo 81, la escasa tradición de los estudios de economía entre los juristas europeos y el interés de la autoridad comunitaria por asegurarse un mayor control sobre las actividades empresariales en el mercado común.

La interpretación rígida de la prohibición de las prácticas colusorias obliga a someter al trámite de autorización singular a un elevado número de acuerdos empresariales. Si a ello añadimos que el Reglamento 17/62 confiere a la Comisión la competencia exclusiva para aplicar el artículo 81.3 CE, la consecuencia inevitable de todo ello es que los servicios de la competencia comunitarios tienen que atender un elevado número de expedientes de autorización de acuerdos empresariales cuando, en la práctica, carecen de los recursos necesarios para ello. En estas condiciones, el sistema de autorización previa resulta claramente insatisfactorio tanto para los servicios de competencia que se ven desbordados por los expedientes, como para las empresas comunitarias a las que se les impone la observancia de pesadas obligaciones formales que en absoluto se justifican por la trascendencia de las operaciones realizadas.

VI.- Los servicios de competencia comunitarios adoptaron diversas medidas con el fin de aminorar y agilizar los expedientes que tenían que ser sometidos al trámite de autorización singular. Por una parte, con el propósito de reducir el número de solicitudes de autorización, la Comisión publicó diversos reglamentos de exención por categorías en cuya virtud se excluía de la aplicación del artículo 81.1 CE a ciertas clases de acuerdos. Por otra parte, con objeto de simplificar la tramitación de las autorizaciones singulares, era frecuente que los servicios de competencia concluyesen los expedientes con la emisión de una carta administrativa de conformidad en la que, a la vista de las circunstancias del caso, se declara que o bien un acuerdo no restringe la competencia o

bien reúne las condiciones para concederle una autorización singular. Ninguna de las soluciones propuestas consiguió acabar con los inconvenientes que planteaba la interpretación estricta del artículo 81.1, debido a la rigidez formal con la que eran redactados los reglamentos de exención y a la falta de seguridad jurídica que la terminación informal confería a las empresas.

Frente a las soluciones basadas en reformas de tipo formal, un destacado sector de la doctrina proponía como alternativa la adopción de una interpretación más económica de los acuerdos empresariales a la hora de decidir si restringen o no la competencia en el mercado. La alternativa propuesta, que suele denominarse *rule of reason*, consiste en analizar los efectos sobre el mercado –tanto positivos como negativos– de los acuerdos empresariales en sede del artículo 81.1, en lugar de postergar el análisis económico al momento en el que se decide sobre las condiciones de exención ex artículo 81.3 CE. Por lo tanto, de acuerdo con esta línea de opinión, el análisis *competitivo* de los acuerdos se realizaría al examinar el apartado primero del artículo 81, mientras que la aplicación del apartado tercero se reservaría a aquellos casos en los que la Comisión decidiese conceder una exención con fundamento en otros objetivos más amplios del Tratado.

La opción de la *rule of reason* dio lugar a una encendida polémica entre los autores acerca de la conveniencia de aplicar un método de investigación de origen norteamericano a los preceptos de competencia del Tratado CE. Aunque la Comisión ha descartado formalmente la opción de la *rule of reason* como criterio que guíe la reforma de las normas de competencia, a nuestro entender la mayor contribución de esta corriente doctrinal consiste en haber creado una opinión favorable sobre el análisis económico de las conductas en el seno de los servicios de competencia comunitarios.

VII.- El Derecho de la competencia comunitario sobre acuerdos restrictivos se halla en la actualidad sometido a una profunda revisión que afecta tanto a las normas

que desarrollan el artículo 81 del Tratado, como al *case-law* de los tribunales comunitarios. En primer lugar, la Comisión ha presentado una propuesta de reglamento que pretende modificar el régimen de aplicación de los artículos 81 y 82 CE contenido en el Reglamento 17/62. La iniciativa introduce dos modificaciones de enorme calado que, de ser aprobadas, supondrán un cambio substancial en el mecanismo de aplicación del artículo 81. Por un lado, el proyecto elimina la obligación de notificar los acuerdos restrictivos; por lo que, de prosperar el proyecto, se entenderá que los acuerdos que cumplen las condiciones del artículo 81.3 CE son *ab initio* válidos y aplicables sin que sea necesaria una resolución administrativa al respecto. Por otro lado, la propuesta otorga a los tribunales y autoridades de competencia nacionales la facultad de aplicar el artículo 81 en su conjunto; es decir, cada vez que apliquen el apartado primero deberán decidir también si se dan las condiciones de exención del apartado tercero.

Dicha modificación procedimental tiene como complemento una revisión de las normas substantivas que ya ha sido completada por la Comisión, mediante la aprobación de nuevos reglamentos de exención en materia de acuerdos verticales y horizontales. Las recientes disposiciones pretenden adaptar el Derecho substantivo a la simplificación del procedimiento proyectada, al tiempo que reflejan la actual perspectiva más económica de las restricciones de la competencia adoptada por la Comisión. Ciertamente, los reglamentos vigentes parten de la idea de que un acuerdo es restrictivo cuando tiene o puede tener por efecto reducir la competencia en el mercado hasta el punto de afectar negativamente a los precios, la producción o la innovación de los bienes y servicios. Por lo tanto, la colaboración empresarial debe ser examinada en su contexto económico, teniendo en cuenta tanto la naturaleza de los acuerdos, como el poder de mercado de las empresas afectadas por el acuerdo.

VIII.- El actual proceso de *modernización* del Derecho de la competencia comunitario se sustenta, asimismo, en la última jurisprudencia de los tribunales comunitarios en cuya virtud se entiende que el análisis económico constituye el método

de aplicación por excelencia del artículo 81.1 CE. La aceptación del método económico ha otorgado a la distinción tradicional entre restricciones *por objeto* y *por efecto* un relieve antes desconocido, pues mientras que previamente la inclusión en una u otra categoría no entrañaba substanciales diferencias en el método de análisis a emplear –en ambos casos, basado en el contenido de las cláusulas contractuales– hoy de la inclusión en una u otra categoría dependerá la posibilidad de condenarla sin más (restricción por objeto) o la necesidad de realizar un análisis de los efectos de la conducta en el mercado (restricción por efecto). En estos términos, se observa en la actual jurisprudencia comunitaria una aproximación a las categorías de análisis empleadas por la jurisprudencia norteamericana: las reglas *per se* y *de lo razonable*.

La principal diferencia que subsiste entre el sistema norteamericano y el comunitario radica en que, a este lado del Atlántico, existe la posibilidad –más teórica que real– de que los acuerdos que tienen por objeto restringir la competencia puedan beneficiarse de una exención *ex* artículo 81.3; alternativa que no se contempla en la hipótesis de los acuerdos ilegales *per se*.

En todo caso, la distinción entre restricciones *por objeto* y *por efecto* no ha de verse como dos compartimentos estancos sino que, como demuestra la experiencia norteamericana, simplemente hace referencia a los distintos grados de prueba que se exigen en función del tipo de restricción considerada; cuanto mayor sea *a priori* el carácter restrictivo del convenio investigado, menor será la carga probatoria que deberá presentar la parte demandante para obtener una resolución condenatoria del mismo.

IX.- El proceso de reforma del derecho de la competencia comunitario ha contribuido a eliminar buena parte de las diferencias existentes entre el Derecho de la competencia comunitario y el norteamericano, hasta el punto de que hoy puede hablarse de una *americanización* de las normas *antitrust* comunitarias. En primer lugar, la reforma porcedimental propone instaurar un sistema de excepción legal que se asemeja

al del artículo 1 de la *Sherman Act*, pues se reducirá al máximo la intervención administrativa sobre el mercado y se dejará a las empresas la responsabilidad de valorar por sí mismas la legalidad *antitrust* de sus acciones. Además, el cambio a un sistema de excepción legal irá acompañado de una radical descentralización de las competencias en la materia según el modelo norteamericano, que se caracteriza por la existencia de una pluralidad de órganos –tanto en el plano administrativo como judicial– que son competentes para aplicar las normas *antitrust*.

En segundo término, la reforma substantiva se apoya en la necesidad de basar la aplicación del Derecho de la competencia en los efectos económicos de las conductas en el mercado. Este cambio de orientación contribuirá a armonizar el enjuiciamiento *antitrust* de aquellas conductas en las que existían diferencias significativas, como es el caso de las restricciones verticales.

Por último, un tercer factor que contribuye a resaltar la proximidad entre los dos ordenamientos *antitrust* es la similitud que existe en la actualidad entre las categorías comunitarias de restricciones por *objeto* y por *efecto* y las reglas *per se* y *rule of reason* norteamericanas. La adopción de similares métodos de análisis es una consecuencia directa de la aceptación del método de análisis económico, el cual exige delimitar los supuestos en los que es necesario realizar un análisis completo de las circunstancias del caso y aquellos en los que cabe presumir que la conducta tiene efectos negativos sobre el mercado.

X.- La tendencia hacia la armonización de los sistemas *antitrust* estadounidense y comunitario refuerza el interés de un estudio como el que proponemos, basado en el análisis comparado de las soluciones ofrecidas por el Derecho norteamericano, comunitario y español. En las actuales circunstancias, resulta particularmente interesante la aplicación de las enseñanzas que se derivan de los precedentes norteamericanos a los problemas que se plantean a este lado del Atlántico. El estudio realizado demuestra que

las tesis mayoritarias de la doctrina norteamericana en materia de comisiones bancarias, han sido posteriormente adoptadas por los servicios de competencia comunitarios en sus relaciones con las entidades de crédito europeas.

XI.- En España, la interpretación que el Tribunal de Defensa de la Competencia ha realizado de la prohibición general de conductas restrictivas que contempla el artículo 1 LDC ha variado a lo largo del tiempo, siguiendo una línea evolutiva paralela a la de las autoridades comunitarias. En una primera etapa, el Tribunal realizaba una interpretación excesivamente formalista del precepto, según la cual cualquier restricción de la libertad de actuación de las empresas se consideraba ilegal. En un momento posterior, el TDC comenzó a admitir ocasionalmente que algunas cláusulas en principio restrictivas, no debían reputarse prohibidas cuando eran necesarias para la celebración de acuerdos favorables para el mercado. En la actualidad, la autoridad de competencia aplica la denominada doctrina de la *aptitud restrictiva* de las conductas que exige examinar las circunstancias económicas que rodean los acuerdos para poder decidir si las conductas restrictivas vulneran o no el artículo 1 LDC.

XII.- La adopción de una interpretación económica de los acuerdos por parte de nuestras autoridades de competencia debe ser bien recibida, pues evita los inconvenientes que generalmente se atribuyen a la interpretación formalista del artículo 1 LDC y, además, es consecuente con las líneas maestras que guían actualmente la actuación de la Comisión y el Tribunal de Justicia.

No obstante, la doctrina de la *aptitud restrictiva* tiene como principal inconveniente que resulta difícil de conciliar con el tenor literal del artículo 3.2 c) LDC, el cual pese a las sucesivas reformas legislativas, sigue manteniendo que los acuerdos de menor importancia pueden ser objeto de autorización. En la medida en que sólo se puede autorizar lo que está previamente prohibido, el precepto parece indicar que cualquier restricción de la competencia es ilegal, aunque carezca de efectos

significativos sobre la competencia en el mercado. A pesar de ello, el Tribunal de Defensa de la Competencia afirma hoy que sólo los acuerdos *aptos* para restringir la competencia están prohibidos por la LDC, lo cual ha conducido en la práctica a una virtual falta de aplicación del artículo 3.2 c) LDC.

XIII.- En los Estados Unidos, los bancos han mantenido históricamente una relación especial con el Derecho *antitrust* dado que tradicionalmente existía el convencimiento de que las normas de competencia no eran aplicables en el sector bancario debido, por una parte, al peculiar marco regulatorio en el que se desenvolvía su actividad y, por otra, a la importancia que se daba a la idea de que la competencia entre entidades podría poner en riesgo la solvencia del sistema. La sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Philadelphia National Bank* de 1963, puso fin a las dudas en este sentido al afirmar categóricamente que los preceptos *antitrust* eran aplicables a la banca.

En la actualidad, el enjuiciamiento *antitrust* de los bancos en los Estados Unidos presenta dos importantes particularidades en materia de control de concentraciones y de prohibición de contratos vinculados. Por lo que atañe al control de concentraciones, la regulación bancaria estadounidense impone a las respectivas agencias bancarias la obligación de supervisar los posibles efectos anticompetitivos de las fusiones y adquisiciones de entidades de crédito, si bien el test aplicable a estas operaciones según la normativa específica no difiere substancialmente del previsto por el artículo 7 de la *Clayton Act*. En cuanto a los contratos vinculados, los bancos se encuentran asimismo sometidos a un régimen especial dado que el artículo 106 de la *Bank Holding Company Act* prohíbe a las entidades de crédito subordinar la prestación de un servicio a la aceptación por el cliente de otro producto o servicio adicional. Aunque una cláusula de este tipo también es ilegal según las normas *antitrust*, en el caso de la banca la prohibición resulta más estricta ya que no es necesario probar que la entidad tiene *market power* en el mercado del producto principal (*tying product*), ni tampoco que la cláusula pueda tener efectos negativos sobre el mercado del producto vinculado.

XIV.- La doctrina económica estima que la colaboración entre competidores tiene una gran importancia en el sector del crédito porque numerosos servicios reúnen las características de *network industries*. La existencia de fuertes externalidades asociadas a la colaboración empresarial y al aumento de la masa de usuarios hace que las agencias *antitrust* hayan adoptado una actitud favorable hacia los acuerdos interbancarios destinados a crear y mantener redes de servicios comunes. En estas condiciones, la misión de las autoridades de competencia consiste en garantizar que los pactos alcanzados para el funcionamiento de las redes, incluida la fijación del precio de los servicios comunes, no se utilicen como un instrumento para dominar el mercado o abusar de la clientela de los bancos.

XV.- En el ámbito comunitario, la aplicación de las normas de competencia a la banca también se puso en entredicho en los primeros años de vigencia del Tratado debido a las especiales características del mercado bancario, en el que la libertad de actuación de los operadores estaba condicionada tanto por la existencia de una profusa regulación de la actividad crediticia, como por la interrelación existente entre banca y política económica de los Estados miembros. En la sentencia *Züchner* de 1981, el Tribunal de Justicia declaró que las normas de competencia son plenamente aplicables al sector bancario, sin que los bancos puedan considerarse –con carácter general– empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general en el sentido del artículo 86.2 CE. La sentencia concluye que para que una entidad de crédito pueda beneficiarse del régimen especial previsto en el citado precepto, es necesario que la gestión del servicio de interés económico general le haya sido encomendada en virtud de un acto del poder público. En consecuencia, cabe afirmar que la doctrina *Züchner* establece un principio general de aplicabilidad, que puede ser desvirtuado mediante la prueba en contrario de que el banco gestiona un servicio de interés público por decisión de las autoridades de los Estados miembros.

También a este lado del Atlántico los acuerdos entre entidades de crédito para prestar determinados servicios en común han sido los que han reclamado una mayor atención. Las autoridades de competencia comunitarias han adoptado una visión favorable a esta clase de acuerdos porque estiman que contribuyen a mejorar los sistemas de pagos en la Comunidad, lo cual beneficia también a los consumidores que disponen de servicios bancarios más ágiles y seguros.

XVI.- La Ley de Defensa de la Competencia no contiene ningún precepto que permita delimitar el ámbito de aplicación de la legislación *antitrust* en sectores específicos, por lo que cabe afirmar que, al menos desde un punto de vista teórico, el Derecho español parte de un principio general de aplicabilidad de las normas de competencia en todas las esferas de la vida económica. En consonancia con este principio general, en el sector bancario se ha venido aplicando la LDC sin llegar nunca a plantearse formalmente la posibilidad de que se trate de un sector excluido de dicha normativa.

No obstante, la aplicación práctica del Derecho de la competencia a la banca en nuestro país ha estado históricamente condicionada no sólo por la escasa efectividad práctica que tuvo la normativa *antitrust* anterior a la Ley de 1989, sino también por la existencia en el pasado de una fuerte regulación de la actividad bancaria.

Al igual que ocurre en el caso de las autoridades comunitarias y norteamericanas, la mayoría de los expedientes tramitados por el Tribunal de Defensa de la Competencia en el sector bancario hacen referencia a los acuerdos relativos a los precios de los servicios. Las primeras investigaciones del Tribunal se centraron en el análisis de algunas prácticas bancarias que por afectar a los precios minoristas debían estimarse contrarias a la LDC. En fechas más recientes, el TDC se ha ocupado también de las redes de tarjetas bancarias que operan en España y de la problemática de las comisiones vinculadas a la prestación de servicios comunes.

XVII.- En los Estados Unidos, el protagonismo en la aplicación del Derecho *antitrust* a la banca ha recaído en los tribunales ordinarios que han tenido que resolver fundamentalmente litigios planteados en el seno de las asociaciones bancarias. Las agencias *antitrust*, tanto federales como estatales, han tenido un papel poco relevante en parte debido a las dificultades que entraña el análisis de los acuerdos de cooperación interbancaria.

En estas condiciones, las políticas de precios de las redes bancarias han estado condicionadas por la evolución de la jurisprudencia sobre competencia, pues existía el riesgo de que cualquier decisión respecto a la remuneración de los servicios pudiera dar lugar a la presentación de una demanda *antitrust* por parte de algún miembro descontento de la red. El análisis del *case-law* demuestra que mientras que los pactos sobre las comisiones que deben pagar los clientes son manifiestamente ilegales, los acuerdos para la remuneración de los servicios comunes se estiman razonables.

XVIII.- Los pactos entre bancos para fijar las comisiones y tipos de interés aplicables a la clientela están prohibidos *per se* en los Estados Unidos porque en modo alguno contribuyen a mejorar la prestación de los servicios ni se pueden considerar necesarios para su correcto funcionamiento. Por lo tanto, en esta clase de asuntos, los argumentos de las partes no giran en torno a las posibles justificaciones de la conducta, sino que el debate se centra en determinar si existen pruebas de la concertación entre las entidades. En ausencia de evidencias serias de concertación, los tribunales suelen ser poco receptivos a las demandas de los clientes porque entienden que la similitud de tarifas es consecuencia de las condiciones del mercado y no de una práctica concertada contraria a las normas de competencia. A pesar de no haber cosechado hasta la fecha derrotas judiciales significativas, las entidades de crédito han de actuar con cautela en este ámbito; y la mejor manera de evitar los inconvenientes generados por litigios *antitrust* consiste en excluir expresamente las políticas de precios de sus miembros del ámbito de los acuerdos de colaboración.

XIX.- La colaboración entre bancos para prestar servicios en común exige coordinar diversos aspectos de las políticas comerciales de las entidades participantes, entre los que se incluye la fijación del precio de los servicios comunes. En efecto, las redes bancarias generalmente establecen de forma colectiva una comisión interna –*tasa de intercambio*– que ha de pagarse en las relaciones bilaterales entre sus miembros.

En una transacción con tarjetas de crédito intervienen cuatro partes: 1) el titular que utiliza la tarjeta como medio de pago; 2) el establecimiento comercial que la acepta (establecimiento adherido); 3) el banco que emite la tarjeta (*banco emisor*); y 4) el banco del establecimiento comercial (*banco adquirente*). Cada vez que se realiza una compra con una tarjeta, el establecimiento comercial remite a su banco el recibo acreditativo de la venta y, como contrapartida, el banco abona en su cuenta el importe de la transacción, menos una comisión, que se denomina *tasa de descuento*. Posteriormente, el banco adquirente remite al emisor de la tarjeta el recibo del pago para que éste lo cargue en la cuenta del titular de la misma. Generalmente esta operación se tramita electrónicamente a través de la sociedad de medios de pagos de la tarjeta, cuyas normas de funcionamiento prevén que un porcentaje de la transacción –la *tasa de intercambio*– quede en manos del banco emisor a modo de compensación por los costes ocasionados.

En el caso de los cajeros automáticos, el *modus operandi* de las comisiones interbancarias es más sencillo porque el número de intervinientes se reduce a tres: 1) el banco propietario del cajero; 2) el banco emisor de la tarjeta; y 3) el cliente que la utiliza. En los cajeros la tasa de intercambio opera en sentido contrario dado que es la entidad emisora de la tarjeta quien paga al propietario del terminal con la doble finalidad de, por un lado, compensarle por los gastos que éste le ocasiona y, por otro, incentivar la incorporación a la red de nuevos cajeros. Posteriormente, el banco emisor de la tarjeta le cobra a su cliente una tasa –denominada *comisión externa*– por utilizar los cajeros de otras entidades, mientras que la utilización de los terminales de la entidad suele ser

gratuita. El sistema de retribución de los servicios comunes que acabamos de describir ha experimentado una revolución en los Estados Unidos desde finales de los noventa por la generalización de una nueva comisión –denominada *recargo*– que permite a los propietarios de los terminales cobrar directamente una tasa a quienes los utilizan.

XX.- La fijación colectiva de la tasa de intercambio por parte de los miembros del sistema, los cuales compiten directamente entre sí, resulta controvertida en virtud de la prohibición general *antitrust* de acordar los precios entre competidores. En el caso *Nabanco* de 1986, el Undécimo Circuito declaró que la tasa de intercambio constituía una restricción de la competencia que debía analizarse según la *rule of reason*. De acuerdo con el citado test, la sentencia concluyó que la tasa controvertida constituía una restricción razonable porque la fijación colectiva de las tarifas de los servicios comunes era una condición necesaria para garantizar una amplia aceptación de las redes de tarjetas de créditos por los comerciantes y usuarios. Posteriormente, en el caso *Financial Interchange* de 1988, un laudo arbitral declaró que la tasa de intercambio debía aceptarse en el ámbito de los cajeros automáticos, pero sólo en la medida en que no existiesen otras alternativas menos restrictivas de la competencia. El árbitro concluyó que cuando una red de cajeros tiene poder de mercado, la fijación de la tasa de intercambios es ilegal, a menos que la red permita a sus miembros imponer recargos o descuentos a los clientes que utilicen sus terminales.

Del *case-law* examinado se desprende que el establecimiento de una tasa de intercambio en el seno de redes bancarias debe someterse al test de la *rule of reason*; y como ocurre en la mayoría de los litigios en los que se emplea esta técnica jurídica, los dos puntos más conflictivos en el examen *antitrust* giran en torno al carácter necesario o indispensable de la limitación de la competencia impuesta y a la posibilidad de que existan otras alternativas menos restrictivas frente a la comisión uniforme. Otros factores que también deberán tomarse en consideración a la hora de aplicar la regla *de lo razonable* a las comisiones interbancarias hacen referencia a la situación de poder de los

bancos en el mercado relevante, la voluntariedad en la adhesión al régimen de retribución uniforme y la fijación de las tarifas de acuerdo con parámetros objetivos.

XXI.- El examen *antitrust* de la tasa de intercambio depende del poder de mercado de las redes bancarias, de manera que cuanto mayor sea la cuota de poder de la empresa común, mayores serán las cautelas que exigirán las autoridades de competencia para estimar que la tarifa común es razonable.

Sin embargo, la definición del mercado relevante resulta particularmente difícil en el caso de las redes bancarias en las que es preciso distinguir, al menos, dos mercados diferentes: por una parte, el mercado primario en el que la red vende su producto o servicio a la clientela y, por otra, el mercado de la red (*network market*) en el que se intercambian los servicios necesarios para las entidades participantes en el sistema. Una vez definido el mercado, el cálculo del poder económico de las redes bancarias también resulta complicado porque no basta con agregar las cuotas de mercado de cada una de las entidades participantes. Antes al contrario, es preciso tener en cuenta que la competencia entre los bancos adheridos y de éstos con la propia red disminuye el poder de mercado de la red en su conjunto.

En parte por estas causas, la jurisprudencia norteamericana todavía no ha desarrollado un método fiable que permita definir categóricamente el mercado relevante y calcular el poder económico de las redes bancarias creadas para prestar un servicio común.

XXII.- Otro factor a tener en cuenta al enjuiciar la legalidad *antitrust* de la tasa de intercambio es el carácter objetivo de la tarifa establecida colectivamente. El análisis de las autoridades de competencia se circunscribe en estos casos a examinar si el procedimiento para la fijación de la tarifa garantiza la objetividad de la misma, sin entrar a considerar si el precio concreto que se ha elegido es el que más se ajusta a las

condiciones del mercado. La fijación de una tarifa uniforme en el seno de una empresa común entraña siempre un conflicto entre los miembros de la red que actúan al mismo tiempo como colaboradores y competidores en el mercado, por lo que corresponde a las autoridades de competencia velar porque el resultado de dicho proceso sea equitativo. En otras palabras, para preservar las virtudes en términos de eficiencia derivadas de esta colaboración, es importante que el Derecho *antitrust* garantice que la retribución prevista no se utilice como un instrumento para favorecer a algunos miembros en perjuicio de otros. A estos efectos, la jurisprudencia tiene en cuenta factores como 1) la composición del órgano encargado de establecer el precio uniforme; 2) la participación de una entidad independiente en la toma de decisiones; 3) la elaboración de estudios sobre los costes del servicio o la conducta de los competidores en el mercado; y 4) la revisión periódica de la tarifa para ir adaptándola a las necesidades del servicio.

XXIII.- El sistema de retribución uniforme debe plantearse, en todo caso, como un mecanismo voluntario que permita a las entidades adheridas a la red negociar bilateralmente condiciones alternativas. La voluntariedad de la tarifa constituye un factor importante pues se entiende que el hecho de que los miembros opten por el sistema de precios establecido colectivamente –a pesar de ser libres para negociar otras alternativas– constituye la mejor garantía de que las virtudes procompetitivas de la comisión uniforme compensan las restricciones que ésta ocasiona. No obstante, la jurisprudencia ha hecho una interpretación excesivamente simplista de este requisito porque en ausencia de una negociación significativa al margen del sistema, el carácter formalmente voluntario no puede utilizarse como un argumento en favor de la tasa de intercambio.

XXIV.- La tasa de intercambio tradicionalmente se ha justificado como un mecanismo necesario para garantizar el funcionamiento eficiente de las redes bancarias creadas en torno a los sistemas de pagos. En este sentido, se entiende que sin un sistema de retribución uniforme, las redes de entidades de crédito no hubiesen alcanzado las

amplísimas cotas de aceptación y distribución geográfica de que disfrutaban en la actualidad. Sin embargo, algunos autores han planteado la legitimidad de esta conclusión particularmente si se tiene en cuenta la actual situación de las redes bancarias plenamente consolidadas y mucho más eficientes en virtud de los avances tecnológicos.

Es cierto que el debate acerca de si la tasa de intercambio sigue siendo hoy necesaria se suscita únicamente en el plano doctrinal, pues desde que el Undécimo Circuito dictaminó que la tasa de intercambio era necesaria para el funcionamiento eficiente de Visa, esta cuestión no se ha vuelto a plantear ante los tribunales de justicia. Esta afirmación no resta un ápice de interés al intenso debate entre los autores, sobre todo si se tiene en cuenta que el *case-law* examinado se ocupa de las entonces poco consolidadas redes bancarias de la década de los ochenta. La modificación de los presupuestos fácticos permite poner en entredicho las conclusiones de Derecho alcanzadas en aquel momento, en mayor medida –si cabe– si se tiene en cuenta que el Derecho *antitrust* es un ordenamiento condicionado particularmente por la apreciación de los hechos.

XXV.- En materia de tarjetas de crédito, básicamente se entiende que los avances tecnológicos han reducido substancialmente tanto los costes de tramitación, como la exposición de la entidad emisora al riesgo de insolvencia y posibles fraudes, por lo que resulta discutible que sea necesario establecer un mecanismo uniforme para compensar los mayores costes de los bancos emisores. Además, hoy la mayoría de las entidades de crédito participantes en los modernos sistemas de pagos ya no realizan la doble función de banco emisor y banco adquirente. Como esta última suele dejarse en manos de entidades independientes, la tasa de intercambio ya no representa simplemente un pago interno *neutral* entre entidades que realizan ambas funciones, sino que puede utilizarse como una importante fuente de ingresos para aquéllas que sólo emiten tarjetas. Por último, se estima que carece de fundamento el argumento basado en la ausencia de competencia entre las entidades adquirentes y emisoras a la hora de tramitar los pagos,

pues si cada banco pudiera recuperar sus costes directamente de aquellos a los que presta un servicio (establecimientos comerciales y usuarios de las tarjetas), ya no sería necesario acudir a dicho *mercado interbancario* en el que no existe competencia. En el caso de los cajeros automáticos, el debate acerca de la legitimidad de la tasa de intercambio se ha desplazado desde la necesidad de la tarifa uniforme al estudio de posibles alternativas menos restrictivas de la competencia, dado que las singularidades de este medio de pago hacen particularmente atractivo que las entidades participantes en la red recuperen sus costes directamente de quienes utilizan los terminales.

XXVI.- De acuerdo con el normal desarrollo del test de la *rule of reason*, no basta con preguntarse si una práctica restrictiva es necesaria para la prestación eficiente de un servicio en común, sino que la jurisprudencia exige también ha de indagarse si los objetivos procompetitivos que se persiguen con dicha conducta no podrían haberse logrado mediante algún mecanismo alternativo más respetuoso con el libre mercado. De probarse que existen alternativas menos restrictivas, necesariamente se concluirá que estamos ante una restricción de la competencia no razonable. Pues bien, las dos alternativas más significativas que se han planteado frente a la tarifa uniforme consisten en 1) la negociación bilateral entre las entidades participantes en la red; y 2) el cobro de los costes del servicio directamente de los usuarios del mismo.

XXVII.- En el ámbito de las tarjetas de crédito, la jurisprudencia tradicional estima que la negociación bilateral entre los numerosos miembros del sistema no constituye una alternativa razonable a la tarifa uniforme porque, por una parte, aumenta considerablemente los costes de transacción y, por otra, pone en peligro la aceptación universal de las tarjetas. Sin embargo, los cambios experimentados en la industria bancaria desde la sentencia *Nabanco*, permiten volver a plantear la conveniencia de que los bancos negocien bilateralmente las condiciones de sus operaciones, dado que hoy el mercado de las tarjetas de crédito está mucho más concentrado que en la década de los ochenta, hasta el punto de que en los Estados Unidos una sola entidad procesa hasta el

35% de los recibos de pago de los comerciantes. Así las cosas, no es posible concluir categóricamente que negociaciones individuales entre el número relativamente bajo de bancos participantes en el mercado, pondrían en entredicho la viabilidad del sistema.

La segunda alternativa propuesta, respecto de la cual la jurisprudencia no se ha pronunciado, consiste en permitir a los establecimientos comerciales cobrar una comisión a los clientes que pagan con tarjeta en compensación por el coste extra que les supone tramitar los pagos a través de la red bancaria. En este esquema, los bancos emisores de las tarjetas tendrían que negociar con los establecimientos adheridos el importe de su comisión; y lo mismo ocurriría en el caso de los bancos adquirentes. Esta medida requeriría eliminar las barreras convencionales que actualmente impiden a los comerciantes discriminar entre los distintos medios de pagos; y constituiría un poderoso estímulo para la reducción de las comisiones, porque quien tendría que pagarlas sería el usuario de la tarjeta. No cabe desconocer, sin embargo, que los efectos que esta medida tendría en la práctica son inciertos, ya que los comerciantes generalmente se muestran reacios a variar los precios en función del medio de pago empleado, debido a los mayores costes de transacción que ello conlleva.

XXVIII.- El funcionamiento de la tasa de intercambio es más sencillo en los cajeros automáticos, porque el número de intervinientes es más reducido, la comisión interbancaria se destina a pagar al propietario del terminal y el banco emisor de la tarjeta apenas soporta ni costes ni riesgos vinculados a la operación. Estas características genuinas de los cajeros permiten plantear una sencilla alternativa a la tasa de intercambio, que garantiza igualmente la universalidad de las redes de cajeros pero sin entrañar un acuerdo de voluntades entre los bancos participantes. La opción consiste en permitir al banco propietario del terminal (el destinatario de la tasa de intercambio) que le cobre directamente al usuario del servicio una comisión —denominada *recargo*— que le será descontada de su tarjeta en el momento de retirar dinero del cajero. En estas condiciones, no es necesario que el banco adquirente se ponga de acuerdo con el banco

emisor para fijar el importe de la comisión, ya que quien la paga es el cliente y el banco emisor no soporta riesgo alguno con la operación ni tiene que adquirir posteriormente el recibo de la transacción, como ocurría con las tarjetas de crédito.

XXIX.- La jurisprudencia en materia de recargos se ha ocupado fundamentalmente de las normas internas de los sistemas de pagos que prohibían a sus miembros imponer este tipo de comisiones a los usuarios. Mientras que en los casos *Financial Interchange* (1988) y *Valley Bank v. Plus* (1990) se adoptó una tesis partidaria de levantar las barreras que impiden el cobro de recargos, en el caso *Southtrust v. Plus* (1995) un tribunal de distrito dictaminó que dicha prohibición era conforme con las normas *antitrust*.

Pese a las vacilaciones de la jurisprudencia, esta modalidad de retribución ha acabado imponiéndose en la práctica bancaria norteamericana, fundamentalmente a partir del año 1996 en el que las dos únicas redes de ámbito nacional –Plus y Cirrus– decidieron dejar sin efecto sus normas internas que vedaban los recargos. El cobro de la citada comisión ha dado lugar a una fuerte oposición por parte de las asociaciones de consumidores, que entienden que pagan dos veces por el mismo servicio. La razón de estas quejas radica en la extendida práctica bancaria según la cual el banco emisor de la tarjeta sigue cobrando a sus clientes la comisión externa por utilizarla en cajeros de otras entidades, aún cuando el banco propietario del terminal ya ha recuperado sus costes mediante el recargo. La insatisfacción de los consumidores ha propiciado que se planteasen numerosas iniciativas encaminadas a prohibir los recargos por vía reglamentaria. En el plano federal, ninguna de las numerosas proposiciones de ley presentadas ha sido aprobada por el Congreso, mientras que en el plano estatal y local únicamente un Estado (Iowa) y algunas ciudades californianas han aprobado normas en este sentido.

XXX.- La promulgación de disposiciones estatales o locales para prohibir los recargos puede resultar incompatible con la *National Bank Act* que confiere a los bancos federales la facultad de establecer cajeros automáticos y realizar todas las tareas accesorias, como la de imponer recargos conforme al principio de libertad de tarifas que guía la legislación bancaria federal. La incompatibilidad de las normas locales con la legislación bancaria federal ha de resolverse acudiendo a los principios constitucionales que guían la distribución de competencias entre las autoridades estatales y federal.

En la práctica, el debate acerca de la compatibilidad de las disposiciones estatales con la legislación federal sobre tarifas se ha planteado únicamente de manera indirecta en algunos casos en los que se discutían diversos aspectos de la competencia de los Estados para regular los cajeros automáticos. Sin embargo, cabe esperar que la jurisprudencia se pronuncie definitivamente sobre esta cuestión en un futuro próximo puesto que ya existe una sentencia de un tribunal de distrito californiano de junio de 2000 declarando ilegales las ordenanzas municipales que prohíben los recargos (la sentencia se encuentra pendiente de recurso) y además un grupo de bancos que operan en Iowa han presentado en abril de 2001 una demanda contra la ley anti-recargos de dicho Estado. Del resultado de estos dos litigios dependerá el porvenir de la actividad legislativa de los entes territoriales en esta materia.

XXXI.- Con independencia del éxito que corran en el futuro las iniciativas legislativas expuestas, y de que éstas sean compatibles o no con la legislación bancaria federal, interesa preguntarse sobre la conveniencia de prohibir los recargos desde la óptica del Derecho de la competencia. La solución a los inconvenientes que plantea el cobro simultáneo de dos comisiones cada vez que se realiza una operación en un cajero automático, no debería consistir en prohibir la comisión que el banco establece individualmente (el recargo), sino en cuestionar la legalidad de la tarifa que los bancos acuerdan conjuntamente (la tasa de intercambio). En la medida en que es posible cobrar directamente una comisión a los clientes sin comprometer la viabilidad del sistema, la

tasa de intercambio debe ser declarada ilegal porque no constituye una restricción necesaria para el funcionamiento eficiente de los cajeros. Además, la eliminación de la tasa de intercambio debe ir acompañada por la eliminación de las barreras legales o contractuales que impiden la formación de *no-surcharge alliances* entre distintas entidades, pues con ellas los bancos pequeños pueden compensar la ventaja competitiva que suponen los recargos para las grandes entidades.

XXXII.- En la Comunidad Europea, la aprobación del Tratado de Roma a finales de la década de los cincuenta no trajo consigo una inmediata aplicación de sus normas de competencia a los acuerdos de precios a la banca, debido a la tradicional regulación administrativa de las tarifas en el sector. La sentencia del Tribunal de Justicia en el caso *Züchner*, además de confirmar que el Derecho comunitario de la competencia era plenamente aplicable a los bancos, contribuyó a clarificar la postura de la Comisión frente a los acuerdos bancarios sobre precios.

En materia de comisiones, la célebre sentencia impulsó a la Comisión a invitar a las asociaciones bancarias nacionales a que notificasen los acuerdos restrictivos adoptados, al tiempo que se inició una detallada investigación sobre las tarifas percibidas por los bancos europeos. Fruto de estas dos iniciativas, los servicios de competencia examinaron diversos asuntos que concluyeron en las primeras decisiones formales de la Comisión en el sector bancario. Sin embargo, respecto de los acuerdos sobre tipos de interés, el impacto de la resolución judicial fue menor pues aunque la autoridad de competencia reconoció que en un plano teórico la sentencia permitía investigar los acuerdos sobre intereses, en la práctica no se adoptó ninguna iniciativa significativa en este sentido. La reserva de la Comisión se explica por la naturaleza políticamente más sensible de los acuerdos sobre intereses debido a la estrecha relación existente entre los tipos de interés y las políticas monetarias de los Estados miembros.

XXXIII.- La primera decisión en el sector bancario (asunto *Eurocheques: acuerdo Package-deal*) estableció las bases sobre las que se asienta la actual política de la Comisión en materia de comisiones. La denominada *doctrina eurocheque* adopta como presupuesto la necesidad de trazar una gruesa línea divisoria entre las relaciones entre bancos y las relaciones de los bancos con sus clientes. Por una parte, se considera que los convenios que fijan las tarifas que debe satisfacer la clientela no pueden en modo alguno beneficiarse de una exención del artículo 81.3 CE. Por otra, se admite que en determinadas condiciones, los sistemas de pagos puedan establecer las comisiones que las entidades de crédito asociadas reciben por los servicios prestados en el seno de una red bancaria.

XXXIV.- Los acuerdos sobre el precio de los servicios que se prestan entre si los bancos participantes en un sistema de pagos, restringen la competencia en el sentido del artículo 81.1 del Tratado CE porque limitan las posibilidades de competencia tanto entre las entidades rivales, como entre los bancos adheridos a la misma red, o entre las distintas redes.

Sin embargo, la Comisión estima que la tarifa uniforme puede beneficiarse de una exención porque, en determinadas condiciones, cumple las cuatro condiciones del apartado tercero del artículo 81. En primer término, se estima que la tasa de intercambio constituye un instrumento que contribuye a mejorar el funcionamiento de los medios de pago en la Comunidad. Además, los usuarios también se benefician de la tasa controvertida dado que les garantiza un acceso más extendido, ágil y seguro al sistema de pagos de que se trate. Los dos puntos más controvertidos en el razonamiento de las autoridades de competencia hacen referencia al carácter indispensable de la restricción y a la no eliminación de la competencia en el mercado.

XXXV.- En términos generales, se estima que la tasa de intercambio es *indispensable* para el funcionamiento eficiente de los modernos sistemas de pagos en los

que intervienen un número muy elevado de entidades. En su Comunicación de 1995 relativa a los sistemas de transferencias transfronterizas, la Comisión anunciaba que la tasa de intercambio sólo se podía tolerar si se empleaba con el fin de evitar que la clientela tuviese que pagar dos veces por el mismo servicio. En particular, se aceptaba que la tasa era indispensable en las transacciones del tipo OUR en las que el ordenante asumía todos los gastos y se corría el riesgo de que el banco del beneficiario le cobrase también una comisión a su cliente. Por el contrario, la tasa controvertida era innecesaria en las transferencias SHARE y BEN las cuales, por su propia naturaleza, permitían que el banco beneficiario cobrase a su cliente los gastos de la operación. Sin embargo, en la actualidad la Comisión mantiene una actitud más flexible, de manera que se considera que la tasa de intercambio es necesaria en cualquier tipo de transferencia.

XXXVI.- En relación con el presupuesto de la *no eliminación de la competencia* en el mercado, la respuesta de las autoridades *antitrust* depende del grado de competencia existente entre los medios de pago. Cuando existe una competencia entre sistemas fuerte, es poco probable que los bancos cobren a sus clientes comisiones excesivas, por lo que se estima que la tarifa uniforme no elimina las posibilidades de competencia en el mercado. Por contraste, cuando la competencia entre sistemas es débil, es necesario adoptar algunas precauciones al objeto de garantizar que la tasa de intercambio no afecte al proceder de los bancos con su clientela. En las relaciones interbancarias, se exige que la comisión uniforme sea una tarifa por defecto (que permita la negociación bilateral entre las entidades miembro) y que los bancos puedan adherirse libremente a otros sistemas de pagos. En las relaciones banco-cliente, es preciso garantizar que la existencia y cuantía de la tarifa multilateral sea conocida por la clientela, pues la transparencia informativa refuerza su posición negociadora frente a la entidad de crédito.

Finalmente, cuando el sistema no se enfrenta a competencia substancial de otros medios de pago, cabe imponer algunos requisitos adicionales para asegurar que la tasa

controvertida se mantenga en un nivel razonable. Los bancos miembros han de renegociar periódicamente el importe de la comisión con el fin de adaptarlo a los costes de la operación. Además, se debe evitar la comisión uniforme en las operaciones de pago dentro del propio banco, porque impediría que la entidad pudiese ofrecer a sus clientes condiciones más favorables en las operaciones que se realizan dentro del banco.

La Comisión ya no impone a los bancos la pesada carga de demostrar que la comisión uniforme guarda relación con los costes del servicio —como hacía la Comunicación de 1995— pues ello obligaría a las autoridades de competencia a revisar continuamente el importe de la tasa de intercambio elegido, convirtiendo a los servicios de competencia comunitarios en una especie de autoridad reguladora de los precios del mercado.

XXXVII.- Otro punto controvertido en el análisis de la tasa de intercambio por las autoridades comunitarias es el de la existencia de alternativas menos restrictivas de la competencia. La Comisión ha estudiado las normas internas de las tarjetas bancarias que prohíben a sus miembros imponer recargos a quienes las utilicen, lo que se denomina *regla de no-discriminación*. Aunque tradicionalmente se había mostrado partidaria de vedar estas normas internas en todos los medios de pago, en la actualidad la autoridad *antitrust* se ha decantado por no intervenir; porque entiende que la supresión de tales normas internas apenas tendría efectos prácticos sobre la competencia entre bancos. Lamentablemente, la Comisión no ha estudiado las posibles alternativas que existen a la tasa de intercambio en el caso de los cajeros automáticos, en los que la experiencia norteamericana demuestra que la imposición de recargos constituye una opción más respetuosa con los principios del libre mercado.

XXXVIII.- La política *antitrust* comunitaria respecto de la tasa de intercambio presenta notables similitudes con la doctrina emanada de los tribunales y autores norteamericanos examinada en este trabajo. En efecto, las cautelas exigidas por la

Comisión cuando no existe una competencia fuerte entre sistemas, coinciden con los presupuestos examinados por el Undécimo Circuito en el caso *Nabanco* para estimar que la tarifa uniforme era una restricción necesaria para el funcionamiento de la red. Por una parte, se exige que la tarifa uniforme opere por defecto, es decir, únicamente en aquellos supuestos en los que las partes no hayan decidido negociar bilateralmente las condiciones de la operación. Por otra, ha de garantizarse que se trata de una tarifa objetiva que se ajusta al coste del servicio, de manera que el precio establecido colectivamente no pueda utilizarse en detrimento de algunos miembros de la red o de los propios clientes.

Además, como en el caso norteamericano, el debate sobre el carácter indispensable o necesario de la tasa de intercambio uniforme constituye uno de los aspectos más delicados a la hora de enjuiciar la legalidad *antitrust* de esta práctica bancaria. Sin embargo, ni en los Estados Unidos ni en la Unión Europea se puede afirmar categóricamente que se trate de una cuestión definitivamente resuelta. Así lo evidencia tanto la controversia existente entre los autores norteamericanos, como la reciente investigación abierta por la Comisión contra Visa Internacional en la que, por primera vez, se puso formalmente en tela de juicio el carácter indispensable de la restricción, aunque al final fue concedida la autorización solicitada.

XXXIX.- Pese a la coincidencia inicial acerca de los principios que han de guiar la aplicación de las normas *antitrust* a la tarifa uniforme, existe una diferencia significativa entre ambos sistemas, que constituye también el aspecto más criticable de la política comunitaria. En los estados Unidos, tanto la jurisprudencia como la doctrina analizan separadamente la realidad competitiva de los distintos medios de pago, hasta el punto que sus conclusiones difieren substancialmente según el sistema de que se trate (especialmente tarjetas de crédito y cajeros automáticos). Sin embargo, el examen por la Comisión Europea de los sistemas de pagos ha sido un tanto errante y no se adapta convenientemente a las particularidades de cada medio de pago. En este sentido, resulta

significativo que las dos decisiones formales más importantes de la Comisión tuvieron por objeto el estudio de un particular sistema de pagos –los cheques de viaje– cuya trascendencia económica no se corresponde con la atención prestada.

La autoridad comunitaria ha ido aumentando paulatinamente el ámbito material de su actuación, como demuestra la publicación de su Comunicación de 1995 sobre sistemas de pagos transfronterizos, los cuales constituyen una pieza esencial para el proceso de integración económica y monetaria que está experimentando la Unión Europea. Además, recientemente los servicios de competencia comunitarios se han pronunciado de manera informal sobre el sistema de retribución uniforme empleado por Visa Internacional, por lo que también existe una doctrina incipiente en materia de redes de tarjetas de crédito.

A pesar de que lentamente la Comisión va ampliando su campo de actuación, en nuestra opinión todavía no existe un análisis serio y riguroso de las particularidades de cada medio de pago y de su relevancia a la hora de aplicar el Derecho *antitrust*. Y esta omisión es significativa pues, como se ha adelantado, en la doctrina norteamericana el examen de la tasa de intercambio está condicionado por el sistema de pagos de que se trate. Mientras que en el caso de las tarjetas tal comisión puede aceptarse con matices, si se trata de cajeros automáticos debe descartarse dicho instrumento porque existe una alternativa viable menos restrictiva: los recargos.

XL.- En relación con las comisiones aplicables a la clientela, en la mayoría de los asuntos examinados las asociaciones bancarias afectadas decidieron dejar sin efecto los acuerdos sobre precios minoristas para evitar la adopción de una decisión de condena por parte de la Comisión. Únicamente en el caso *Eurocheques-acuerdo de Helsinki* la autoridad de competencia emitió una decisión formal en la que de manera expresa se condenó a los bancos por fijar precios minoristas y se impuso una sanción a las entidades participantes que constituye, dicho sea de paso, la primera y hasta el

momento única multa impuesta en el sector bancario como consecuencia de una infracción del artículo 81 CE. En la actualidad, los servicios de competencia mantienen abiertas dos investigaciones sobre presuntos cárteles en materia de comisiones a clientes que en caso de resultar acreditados, serán objeto de sanción por las autoridades comunitarias.

La política de la Comisión coincide plenamente con la opinión mayoritaria de la doctrina norteamericana según la cual los acuerdos que fijan las comisiones exigibles a la clientela son ilegales *per se*. Sin embargo, ha de señalarse que la autoridad comunitaria ha desempeñado una actividad mucho más activa contra los cárteles de precios en el sector bancario que sus homólogas estadounidenses, tal vez porque a este lado del Atlántico las entidades de crédito no eran conscientes de la ilegalidad que suponía pactar precios con los competidores.

XLI.- El análisis *antitrust* de los acuerdos bancarios sobre tipos de interés ha resultado históricamente más complicado debido, fundamentalmente, a las dificultades que planteaba la estrecha relación que existía entre los tipos de interés y la política monetaria de los Estados miembros.

La sentencia del Tribunal de Justicia en el caso *Van Eycke* contribuyó a aclarar los inconvenientes que planteaba la conexión de las políticas monetarias nacionales con los pactos bancarios sobre intereses. La sentencia señala que los acuerdos sobre intereses de naturaleza privada son incompatibles con el artículo 81.1 CE, mientras que los acuerdos impuestos por una autoridad pública están exentos de dicha prohibición. A estos efectos, el Tribunal aclara que los acuerdos privados no pierden dicho carácter por el mero hecho de haber sido aprobados, animados o confirmados por una autoridad pública. Poco tiempo después de la sentencia, la Comisión anunció su intención de perseguir y, en su caso, sancionar los acuerdos privados sobre intereses, sin que hasta la fecha haya tenido que adoptar ninguna decisión formal al respecto.

XLII.- La entrada en vigor de la UME ha contribuido a evitar buena parte de los problemas que planteaban los acuerdos sobre intereses de naturaleza estrictamente pública, dado que ahora la política monetaria corresponde a un órgano comunitario –el Banco Central Europeo– que se encuentra obligado por el Tratado a respetar el principio de libre competencia. En efecto, hoy resultaría difícil alegar ante la Comisión que las disposiciones sobre intereses adoptadas por una asociación bancaria nacional son consecuencia de una decisión del poder político, pues los Estados miembros de la UME carecen de la facultad de regular los tipos de interés.

Sin embargo, este tipo de convenios pueden seguir planteándose en los países que han decidido no sumarse a la UME. En estos casos, se ha suscitado un interesante debate doctrinal sobre la posibilidad de extender el control *antitrust* a los acuerdos de naturaleza pública, aunque la jurisprudencia comunitaria estima que esta clase de medidas no están sometidas a los artículos 81 y 82 del Tratado que se aplican a las empresas. En todo caso, una solución al problema que plantean las medidas estatales anticompetitivas puede venir de la mano del procedimiento contemplado en el artículo 226 CE, el cual permite a la Comisión denunciar ante el TJCE a los Estados miembros que incumplan las obligaciones que se recogen en el Tratado y que no se atengan a sus recomendaciones.

XLIII.- En nuestro país, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha publicado en los últimos años un número relativamente elevado de expedientes sobre comisiones bancarias. En la mayoría de los asuntos, se trataba de denuncias presentadas por la asociación de usuarios de la banca (AUSBANC) o por algún particular descontento con las políticas de precios de las entidades de crédito. Más recientemente, el TDC también ha examinado diversos expedientes de autorización singular de las tarifas interbancarias pactadas por las redes de tarjetas de crédito españolas.

En estos expedientes, las autoridades de competencia españolas han ido perfilando su doctrina sobre acuerdos de precios en el sector bancario, con apoyo en la distinción clásica establecida por la Comisión Europea entre tarifas aplicables a la clientela y comisiones interbancarias. Por una parte, en numerosos expedientes el TDC ha declarado que la fijación colectiva de las comisiones exigibles a la clientela infringe el artículo 1 LDC, sin que dicha práctica pueda beneficiarse de una exención. Por otra, con carácter general el Tribunal sostiene que el establecimiento de una tasa de intercambio uniforme dentro de un sistema de pagos, aunque restrictivo de la competencia, puede beneficiarse de una autorización en determinadas condiciones.

XLIV.- El Tribunal de Defensa de la Competencia adopta como punto de partida la tesis de que la fijación de precios aplicables a la clientela –ya se trate de comisiones o tipos de interés– constituye una conducta prohibida por el artículo 1 LDC. Las resoluciones de nuestra autoridad de competencia apenas dedican tiempo a explicar las razones por las que se considera que dicha práctica es contraria a las normas *antitrust*. Una de las razones que pueden explicar este fenómeno es que ha calado en la banca el claro mensaje enviado por las primeras decisiones de la Comisión Europea, en el sentido de declarar ilegal cualquier convenio interbancario que pueda alterar el precio de los servicios prestados al público. Además, la ausencia de argumentación sobre la ilicitud de la conducta puede deberse a que, en el estado actual de desarrollo del Derecho de la competencia, se ha consolidado la creencia de que ciertas conductas empresariales – como la fijación de los precios minoristas– son inadmisibles desde la óptica del libre mercado.

En la misma línea, en ninguno de los expedientes sobre comisiones exigibles a la clientela se ha planteado formalmente si se dan los requisitos necesarios para conceder una autorización *ex* artículo 3 LDC. También en este caso, cabe justificar la actitud del TDC por la influencia de la doctrina de la Comisión Europea, la cual reiteradamente ha

manifestado su negativa opinión acerca de la concesión de una autorización a los pactos interbancarios sobre tasas a cobrar a la clientela.

Descartada *a priori* la posibilidad de que se conceda una autorización singular a esta clase de convenios, en la mayoría de los expedientes el aspecto más controvertido consiste en la necesidad de acreditar la concertación entre los bancos intervinientes. Así las cosas, nuestra autoridad *antitrust* suele descartar la existencia de una infracción del artículo 1 LDC porque, con frecuencia, la similitud de tarifas denunciada podía explicarse como una consecuencia lógica de la naturaleza de los servicios bancarios examinados y no como el resultado de la concertación entre las entidades. Además, conviene señalar que el Tribunal también desestimó diversas denuncias por entender que no procedía aplicar la LDC dado que se trataba de cuestiones de legalidad ordinaria que no eran competencia de las autoridades *antitrust*.

XLV.- En nuestro país no se ha planteado ninguna controversia especial en relación con los acuerdos sobre tipos de interés, por lo que se estima que los pactos entre entidades bancarias que afectan a los intereses en las operaciones de crédito o débito están prohibidos por el artículo 1 LDC. En concordancia con la doctrina emanada de las autoridades comunitarias, el TDC estima, no obstante, que debe descartarse la existencia de un ilícito *antitrust* cuando la similitud de tipos de interés detectada en el mercado sea consecuencia directa de la existencia de disposiciones estatales sobre los mismos.

XLVI.- En el año 1999, la cuestión de las comisiones bancarias vinculadas al pago con tarjetas adquirió notoriedad pública en nuestro país, principalmente debido a la presión ejercida por las asociaciones de pequeños comerciantes ante el abuso al que, entendían, estaban sometidos por las redes de tarjetas. Las quejas del pequeño comercio se referían a la tasa de descuento que tenían que pagar al banco cada vez que un cliente utilizaba su tarjeta. Básicamente, se entendía que el importe de la citada comisión era, por una parte, excesivo en relación con el coste del servicio y resultaba, por otra,

discriminatorio si se comparaba con el precio que abonaban las grandes superficies comerciales por el mismo servicio.

La problemática de las tarjetas llegó al Congreso de los Diputados en el que se presentaron diversas iniciativas encaminadas a reducir la cuantía de las comisiones que tenían que pagar los comerciantes. Las propuestas pretendían: 1) fijar por vía reglamentaria el importe máximo de las tasas de descuento que se cobran a los comerciantes; 2) constituir una comisión que integrase a comerciantes, entidades participantes en los sistemas de pagos mediante tarjetas y expertos independientes con el fin de analizar los costes de las tasas de descuento en el pago con tarjetas y proponer nuevas líneas de actuación; y 3) la elaboración por el Tribunal de Defensa de la Competencia de un informe sobre las prácticas bancarias en materia de cobro de comisiones y sus efectos sobre la competencia. Mientras que la primera opción fue rechazada por la cámara, las otras dos dieron lugar a la elaboración de un Informe por el TDC y a que se alcanzase un acuerdo sectorial sobre tarifas.

XLVII.- El informe del Tribunal de Defensa de la Competencia estima que la tasa de intercambio, en cuanto pacto entre entidades bancarias rivales, constituye un acuerdo de fijación de precios horizontal prohibido por el artículo 1 LDC. La autoridad de competencia considera, no obstante, que la comisión controvertida puede beneficiarse, en determinadas condiciones, de una exención porque constituye un mecanismo de compensación necesario para el correcto funcionamiento de la red de tarjetas.

El principal punto de preocupación en este ámbito radica en la conexión existente entre la tasa de intercambio interbancaria y la tasa de descuento que se cobra a los clientes comerciantes. El Tribunal sostiene que existe siempre un vínculo entre ambas tarifas porque conceptualmente la tasa de descuento ha de ser igual a la suma de la tasa de intercambio, más los costes y beneficios probables del banco adquirente. Así

las cosas, cualquier variación en la comisión interbancaria repercute en el precio que habrán de pagar los clientes comerciantes por la tramitación de sus órdenes de pago.

Esta circunstancia obliga a extremar las cautelas a la hora de tramitar cualquier solicitud de autorización de la comisión controvertida. El TDC señala que únicamente cabe otorgar el beneficio que contempla el artículo 3 LDC cuando se cumplen las dos condiciones siguientes: que el proceso de fijación en común de la tarifa se lleve a cabo con la máxima transparencia; y que el importe de la comisión se establezca de acuerdo con parámetros objetivos, es decir, según los costes reales del sistema.

XLVIII.- El Informe también examina la problemática *antitrust* de las normas internas que prohíben a los establecimientos comerciales ofrecer descuentos a los clientes que abonan sus compras en metálico. El TDC manifiesta sus reservas acerca de la denominada regla de *no-discriminación* porque puede suponer una imposición de condiciones restrictivas que no son estrictamente necesarias para el funcionamiento del servicio. Al respecto, se recuerda que las autoridades *antitrust* de algunos Estados europeos han decidido prohibir dicha norma interna, si bien se condicionaba la decisión final a la realización de futuros estudios de acuerdo con los parámetros fijados por las autoridades de Bruselas. Por tanto, tras el anuncio de la Comisión de que no va a perseguir esta clase de reglas internas, cabe prever que nuestras autoridades seguirán sus pasos en el futuro y adoptarán una actitud favorable respecto de la regla de *no-discriminación*.

XLIX.- En junio de 1999 los representantes de las tarjetas de crédito y las asociaciones de comerciantes alcanzaron un acuerdo auspiciado por el gobierno para reducir paulatinamente el importe de las comisiones vinculadas a los pagos con tarjetas. El Tribunal de Defensa de la Competencia le concedió una autorización singular por entender que el pacto promovía el eficaz funcionamiento de los servicios bancarios, beneficiaba a los clientes en forma de menores tasas de descuento y no eliminaba la

competencia porque cada red de tarjetas seguía siendo libre para fijar su propia tasa de intercambio.

La citada resolución del TDC es incompatible con la actual doctrina de la Comisión en cuya virtud se entiende que mantener la competencia entre redes es la mejor garantía para evitar que la tasa interbancaria se repercuta sobre los clientes (el acuerdo sectorial impone comisiones máximas iguales para todas las tarjetas). Además, el fallo es incongruente con la propia doctrina del TDC expresada en el informe de 1999, la cual exigía que la tasa de intercambio guardase relación con el coste del servicio y los riesgos asumidos por las entidades emisoras de las tarjetas (el acuerdo sectorial propone una reducción arbitral de la tasa).

L.- El contenido del Informe de 1999 y de las dos resoluciones que le siguieron permite concluir que la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia relativa a las comisiones interbancarias tiene muy presente la experiencia de las autoridades comunitarias. El TDC es consciente de que la tasa de intercambio uniforme guarda relación con la tasa de descuento que pagan los clientes-comerciantes de los bancos, por lo que estima que para evitar abusos es preciso garantizar que la comisión interbancaria se fija en función de los costes del servicio y de los riesgos asumidos por las entidades participantes. Como es sabido, en el plano comunitario la Comisión ha establecido similares cautelas, particularmente en relación con aquellos medios de pagos que no tienen que hacer frente a una competencia fuerte de otros sistemas.

No obstante, entendemos que la aplicación en la práctica de los principios expuestos en el informe de 1999 ha sido deficiente, tanto en lo que hace a la autorización del acuerdo sectorial de reducción de precios, como a la investigación de las normas de funcionamiento de Euro 6000, por lo que debe propugnarse la conveniencia de que nuestro Tribunal siga también en su actividad práctica la valiosa experiencia de las autoridades comunitarias.

RELACIÓN DE CASOS EXAMINADOS

A) SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES FEDERALES NORTEAMERICANOS

Bank of America v. City and County of San Francisco, 2000 WL 33376673 (N.D. Cal., 2000).

California Dental Association v. Federal Trade Commission, 526 U.S. 756 (1999).

Bank One Utah v. Gutttau, 190 F. 3d 844 (8° Cir., 1999).

Fleet Bank v. Burke, 160 F. 3d 883 (2° Cir., 1998).

State Oil Co. v. Kahn, 522 U.S. 118 (1997).

Wallace v. Bank of Barlett, 55 F. 3d 1166 (6° Cir. 1995).

Southtrust Corporation v. Plus System, 913 F. Supp. 1517 (N.D. Ala., 1995).

Spectrum Sports v. McQuillan, 506 U.S. 447 (1993).

Federal Trade Commission v. Superior Court Trial Lawyers Association, 493 U.S. 411 (1990).

Valley Bank of Nevada v. Plus System, Inc., 914 F.2d 1186 (9° Cir., 1990).

Biljac v. Interstate Bank of Oregon, 218 Cal. App. 3d 1410 (Cal. Ct. App. 1990).

California v. ARC American Corporation, 490 U.S. 93 (1989).

Exxon Corp. v. Governor of Maryland, 437 US 117 (1987).

Wilcox v. First Interstate Bank of Oregon, 815 F. 2d 522 (9° Cir. 1987).

Brown v. Visa U.S.A., 674 F. Supp. 249 (N.D. Ill. 1987).

Federal Trade Commission v. Indiana Federation of Dentists, 476 U.S. 447 (1986).

National Bancard Corp. (Nabanco) v. Visa U.S.A., Inc., 779 F.2d 592 (11° Cir., 1986).

Northwest Wholesales Stationers, Inc. v. Pacific Stationery and Printing Co., 472 U.S. 284 (1985).

Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde 466 U.S. 104 (1984).

NCAA v. Board of Regents, 468 U.S. 85 (1984).

United States v. Philadelphia National Bank, 374 U.S. 321 (1983).

Associated General Contractors of California v. California State Counsel of Carpenters, 459 U.S. 519 (1983).

Arizona v. Maricopa County Medical Society, 457 US 332 (1982).

- Weitt v. Continental Illinois Nat'l Bank & Trust Co.*, 641 F. 2d 547 (7^o Cir. 1981).
Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc., 441 U.S. 1 (1979).
Continental T.V. Inc. v. G.T.E. Sylvania Inc., 433 U.S. 36 (1977).
Illinois Brick v. Illinois, 431 U.S. 720 (1977).
Brunswick v. Pueblo Bowl-O-Mat, 429 U.S. 477 (1977).
Fisher v. First Nat'l Bank of Omaha, 548 F. 2d 255 (8^o Cir. 1977).
United States v. Topco Associates, Inc., 405 U.S. 596, (1972).
United States v. Arnold, Schwinn & Co., 388 US 365 (1967).
United States v. Grinnell, 384 U.S. 563, 570-71 (1966).
Brown Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294 (1962).
Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc., 365 U.S. 127 (1961).
Northern Pacific Railway Co. v. United States, 356 U.S. 1 (1958).
United States v. Chicago Mortgage Bankers Association, 123 F. Supp. 251 (N.D. Ill., 1954).
McClellan v. Chipman, 164 U.S. 347 (1846).
United States v. Aluminium Co. of America (Alcoa), 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).
United States v. South-Eastern Underwriters Association, 322 U.S. 533 (1944).
United States v. Socony Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940).
United States v. Trenton Protteries Co., 273 U.S. 392 (1927).
General Investors Co. v. Lake Shore & M. S. Ry. Co., 260 U.S. 261 (1922).
Chicago Board of Trade v. United States, 246 U.S. 231 (1918).
United States v. Joint Traffic Ass'n, 171 U.S. 505 (1898).
United States v. Addyston Pipe & Steel Co., 85 F. 271 (6^o Cir., 1898).
United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n, 166 U.S. 290 (1897).

B) SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES COMUNITARIOS

Sentencia del TJCE de 21 enero 1999, asuntos acumulados C-215/96 y C-216/96–*Bagnasco v. Banca Popolare di Novara (BPN) & Casa di Risparmio di Genova e Imperia (Carige)*, Rec. 1999, p. I135 y ss.

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de septiembre de 1998, asuntos acumulados T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94–*European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) & Société nationale des chemins de fer français (SNCF) v. Comisión*, Rec. 1998, p. II-3141 y ss.

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de julio de 1995, asunto núm. T-275/94–*Groupement des Cartes Bancaires CB v. Comisión*, Rec. 1995, p. II-2169 y ss.

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 marzo de 1995, asunto núm. T-34/93–*Société générale v. Comisión*, Rec. 1995, p. II-545 y ss.

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de febrero de 1994, asuntos acumulados T-39/92 y T-40/92–*Groupement des cartes bancaires CB & Europay International v. Comisión*, Rec. 1994, p. II-49 y ss.

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de septiembre de 1992, asunto T-138/89–*Nederlandse Bankiersvereniging y Nederlandse Vereniging van Banken v. Comisión*, Rec. 1992, p. II-2181 y ss.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 julio 1992, asunto C-67/91–*Dirección General de Defensa de la Competencia v. Asociación Española de Banca Privada (AEB)*, Rec. 1992, p. I-4785 y ss.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de febrero de 1991, asunto 234/89—*Delimitis v. Henninger Bräu AG*, Rec. 1991, p. I-935 y ss.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1988, asunto 267/86—*Van Eycke v. Société anonyme ASPA*, Rec. 1988, p. 4769 y ss.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de abril de 1988, asunto 27/87—*Erauw-Jacquery Sprl v. La Hesbignonne Société Cooperative*, Rec. 1988, p. 1919 y ss.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 1987, asunto 142/84 y 156/84—*BAT & Reynolds v. Comisión* (caso *Philip Morris*), Rec. 1987, p. 4487 y ss.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 enero 1987, asunto 45/85—*Verband der Sachversicherer v. Comisión*, Rec. 1987, p. 405 y ss.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de enero de 1986, asunto 161/84—*Pronumptia de Paris v. Schillgalis*, Rec. 1986, p. 353 y ss.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 1985, asunto 42/84—*Remia BV & Verenigde Bedrijven Nutricia v. Comisión*, Rec. 1985, p. 2545 y ss.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 1982, asunto 262/81—*Coditel v. Ciné Vog Films (Coditel II)*, Rec. 1982, p. 3381 y ss.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de junio de 1982, asunto 258/78—*L C Nungesser KG v. Comisión*, Rec. 1982, p. 2015 y ss.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 julio 1981, asunto núm. 172/80—*Gerhard Züchner c. Bayerische Vereinsbank AG*, Rec. 1981, p. 2021 y ss.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, asunto 27/76—*United Brands Co. & United Brands Continental v. Comisión*, Rec. 1978, p. 207 y ss.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76—*Hoffman-La Roche & Co. AG v. Comisión*, Rec. 1979, p. 461 y ss.

Sentencia de 16 de noviembre de 1977, asunto 13/77—*Inno v. Association des détaillantes en tabac (ATAB)*, Rec. 1977, p. 2115 y ss.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de enero de 1974, asunto 127/73—*BRT v. SABAM*, Rec. 1974, p. 51 y ss.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, asunto 6/72—*Europemballage & Continental Can v. Comisión*, Rec. 1973, p. 215 y ss.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1972, asunto 8/72—*Cementhandelaren v. Comisión*, Rec. 1972, p. 977 y ss.

Sentencia del TJCE de 14 de julio de 1972, asuntos acumulados 48/69-57/69—*ICI v. Comisión*, Rec. 1972, p. 619 y ss.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1963, asunto 14/68—*Walt Wilhelm v. Bundeskartellamt*, Rec. 1969, p. 1 y ss.

Sentencia del TJCE de 13 de julio de 1966, asuntos acumulados 56/84 y 58/64—*Consten & Grundig v. Comisión*, Rec. 1966, p. 429 y ss.

Sentencia del TJCE de 13 de julio de 1966, Caso 32/65—*Italia v. Consejo y Comisión*, Rec. 1966, p. 389, 405

Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de junio de 1966, asunto 56/65—*Société Technique Minière v. Maschinenfabrik Ulm*, Rec. 1966, p. 337 y ss.

C) DECISIONES DE LA COMISIÓN EUROPEA

Decisión de la Comisión, de 8 de septiembre de 1999, asunto núm. IV/34.010 — *Nederlandse Vereniging van Banken (acuerdo GSA 1991)*, DOCE núm. L 271/28, de 21 de octubre de 1999.

Decisión de la Comisión de 25 de marzo de 1992, asunto núm. IV/30.717-A— *Eurocheques: acuerdo de Helsinki*, DOCE núm. L 95/50, de 9 de abril de 1992.

Decisión de la Comisión de 19 de julio de 1989, asunto núm. IV/31.499—*Nederlandse Banken*, DOCE núm. L 253/1, de 30 de agosto de 1989.

Decisión de la Comisión de 19 de diciembre de 1988, asunto núm. IV/31.291— *Eurocheques uniformes*, DOCE núm. L36/16, de 8 de febrero de 1989.

Decisión de la Comisión de 11 de julio de 1988, asunto núm. IV/31.593—*British Dental Trade Association* (BDTA), DOCE núm. L233/15, de 23 de agosto de 1988.

Decisión de la Comisión de 12 de diciembre, asunto núm. IV/31.356—*ABI*, DOCE núm. L 43/51, de 13 de febrero de 1987.

Decisión de la Comisión de 11 de diciembre de 1986, asunto núm. IV/261-A— *Association Belge des Banques/Belgische Vereniging der Banken*, DOCE núm. L 7/27, de 9 de enero de 1987.

Decisión de la Comisión de 30 de septiembre de 1986, asunto núm. IV/31.362–*Irish Banks' Standing Committee*, DOCE núm. L 295/28, de 18 de octubre de 1986.

Decisión de la Comisión de 10 de diciembre de 1984, asunto núm. IV/30/717–*Eurocheques Uniformes*, DOCE núm. L 35/43, de 7 de febrero de 1985.

D) RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Resolución del TDC de 18 de septiembre de 2001, Expte. A 300/01–*Banca Electrónica Uno E. Com.*

Resolución del TDC de 9 de julio de 2001, Expte. A 287/00–*Sistema Euro 6000 CECA*.

Resolución del TDC de 4 de julio de 2001, Expte. 496/00–*Operadores aeroportuarios*.

Resolución del TDC de 3 de abril de 2001, Expte. r 435/00–*Propiedad Inmobiliaria Toledo*.

Resolución del TDC de 22 de noviembre de 2000, Expte. A 278/00–*UNESPA*.

Resolución del TDC de 7 de julio de 2000, Expte. r 386/99–*Fecha de Valor Operaciones Bancarias*.

Resolución del TDC de 26 de abril de 2000, Expte. A 264/99–*Tasas Pago con Tarjeta*.

Resolución del TDC de 12 de abril de 2000, Expte. A 267/99–*Almacenistas de Hierros*,

Resolución del TDC de 27 de marzo de 2000, Expte. 457/99–*Hardi Internacional*.

Resolución del TDC de 24 de marzo de 2000, Expte. R 388/99, *Air Taxi Málaga*.

Resolución del TDC de 1 de marzo de 2000, Expte. 454/99–*Espectáculos Taurinos*.

Resolución del TDC de 22 de enero de 2001, Expte. 480/99, *Abogados Jerez*.

Resolución del TDC de 17 de diciembre de 1999, Expte. 408/97–*Panasonic*, Rec. TDC 1999, p. 687 y ss.,

Resolución del TDC de 29 de noviembre de 1999, Expte. 432/98, *Líneas Aéreas*, Rec. TDC 1999, p. 648 y ss.

Resolución de 15 de noviembre de 1999, Expte. 249/98–*Cajas Rurales Jalón y Zaragoza*, Rec. TDC 1999, p. 627 y ss.

Resolución del TDC de 25 de octubre de 1999, Expte. 448/99–*Bassols/Agri*, Rec. TDC de 1999, p. 604 y ss.

Resolución del TDC de 29 de septiembre de 1999, Expte. r 375/99–*Banco Hipotecario*, Rec. TDC 1999, p. 568 y ss.

Resolución del TDC de 26 de mayo de 1999, Expte. 437/98–*Vileda/Tervi*, Rec. TDC de 1999, p. 393 y ss.

Resolución del TDC de 18 de febrero de 1999, Expte. 434/98–*Prensa Segovia*, Rec. TDC de 1999, p. 168 y ss.

Resolución del TDC de 30 diciembre 1997, Expte. r 262/97–*Banca Privada*, Rec. TDC 1997, p. 796 y ss.

Resolución del TDC de 19 mayo 1997, expte. r. 208/97–*Entidades de crédito*, Rec. TDC 1997, p. 262 y ss.

Resolución del TDC de 22 noviembre 1996, Expte. r 174/96–*Hipotecas CECA*, Rec. TDC 1996, p. 443

Resolución del TDC de 26 de diciembre de 1995, Expte. 360/95–*Mutua Madrileña Automovilista 4*, Rec. TDC de 1995, p. 452 y ss.

Resolución del TDC de 6 de septiembre de 1995, Expte. 345/94–*Maquinas recreativas*, Rec. TDC 1995, p. 312 y ss.

Resolución del TDC de 11 de diciembre de 1995, Expte. 354/94–*Electrodomésticos de Alicante*, Rec. TDC 1995, p. 422 y ss.

Resolución del TDC de 5 de julio de 1996, Expte. r. 144/96–*Tipos de interés de Banco*, Rec. TDC 1996, p. 234 y ss.

Resolución del TDC de 6 mayo 1994, Expte. r 76/94–*Cajas de Ahorro Asociadas C.E.C.A.*, Rec. TDC 1994, p. 165 y ss.

Resolución del TDC de 2 de marzo de 1993, Expte. 40/92–*ICI Paints España*, Rec. TDC 1993, p. 89 y ss.

Resolución del TDC de 15 de septiembre de 1993, Expte. 50/93–*Pentaservice*, Rec. TDC 1993, p. 369 y ss.

Resolución del TDC de 30 abril 1993, Expte. 283/90–*AEB 2*, Rec. TDC 1993, p. 127 y ss.

Resolución del TDC de 9 diciembre 1992, Expte. 283/90–*AEB*, Rec. TDC 1992, p. 427 y ss.

Resolución del TDC de 6 de marzo de 1992, Expte. 306/91–*Detergentes*, Rec. TDC 1992, p. 115 y ss.

Resolución del TDC de 9 de octubre de 1991, Expte. A 13/91–*Suministros para Ventilación y Calefacción por Aire S.A.*, Rec. TDC 1991, p. 826 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

A) OBRAS GENERALES Y MONOGRAFÍAS

G. AMATO, *Antitrust and the bounds of power: the dilemma of liberal democracy in the history of the market*, Hart Publishing, Oxford, 1997 (cit. *Antitrust and the bounds of power*).

P. AREEDA/ H. HOVENKAMP (con colaboraciones de E. ELHAUGE, J. SOLOW y D. TURNER), *Antitrust Law: an analysis of antitrust principles and their application*, Aspen Publishers (anteriormente Little, Brown and Company), Nueva York, 1978-1997 (cit. *Antitrust Law*).

J. BAIN, *Industrial Organization*, 2ª Ed., Nueva York, Wiley, 1968.

D. BAKER/ R. BRANDEL, *The law of electronic fund transfer systems: legal and strategic planning*, A. S. Pratt & Sons Group, Arlington, 1998 (cit. *The Law of EFT*).

H. BAYLOS CORROZA, *Tratado de Derecho industrial. Propiedad Industrial, Propiedad Intelectual, Derecho de la competencia económica, Disciplina de la competencia desleal*, 2ª Ed., Civitas, Madrid, 1993, (cit. *Tratado de Derecho industrial*).

C. BELLAMY/ G. CHILD, *European community law of competition*, 5ª Ed., Sweet&Maxwell, Londres, 2000, (cit. *EC law of competition*).

M. P. BELLO MARTÍN-CRESPO, *Concentración de empresas de dimensión comunitaria*, Aranzadi, Pamplona, 1997 (cit. *Concentración de empresas*).

A. BENOIT-MOURY/ K. GEENS (Editores), *La coopération entre entreprises/De samenwerking tussen ondernemingen*, Bruselas-Amberes, Bruylant-Kluwer, 1993, (cit. *Le coopération entre entreprises*).

A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Apuntes de Derecho Mercantil*, 2ª Ed., Aranzadi Editorial, Pamplona, 2001.

S. BISHOP/ M. WALKER, *The economics of EC competition law: concepts, application and measurement*, Sweet & Maxwell, Londres, 1999, (cit. *The economics of EC competition law*).

H. BLACK, *Black's Law Dictionary*, 7ª Ed., (B. GARNER editor), St. Paul, West Group, 1999.

W. BLAIR (Editor), *Banks and remedies*, 2ª Ed., LLP, Londres- Hong Kong, 1999.

F. BLUM/ A. LOGUE, *State monopolies under EC law*, John Wiley & Sons, Chichester, 198.

U. BOEGH HENRIKSEN, *Anti-competitive state measures in the European Community*, Handelshojkskolens Forlag, Copenhagen, 1994 (*cit. Anti-competitive state measures*).

R. BORK, *The antitrust paradox: a policy at war with itself*, 2ª Ed., Nueva York, The Free Press, 1993.

J. BRIONES/ J. FOLGUERA/ A. FONT/ E. NAVARRO, *El control de concentraciones en la Unión Europea: la práctica de la Comisión Europea y las novedades introducidas en el Reglamento CEE 4064/89 por el Reglamento CE 1310/97*, Marcial Pons, Madrid, 1999, (*cit. El control de concentraciones*).

M. BROBERG, *The European Commission's Jurisdiction to Scrutinize Mergers*, Kluwer Law International, La Haya, 1998, (*cit. The Commission's Jurisdiction*).

L. BRITTAN, *European Competition Policy: keeping the playing field*, Centre for European Policy Studies, Bruselas, 1992 (*cit. European Competition Policy*).

G. BRÖKER/ R. MARTÍNEZ CORTIÑA, *Banca y finanzas: competencia y tendencias*, Ciencias Sociales, Madrid, 1990, (*cit. Banca y finanzas*).

J. L. BUENDÍA SIERRA, *Exclusive rights and State monopolies under EC law— article 86 (former article 90) of the EC Treaty*, Oxford University Press, Oxford, 1999, (*cit. Exclusive rights and State monopolies*).

A.-L. CALVO CARAVACA/ P. BLANCO-MORALES (Editores), *Derecho europeo de la competencia*, Colex, Madrid, 2000.

L. CASES PALLARES, *Derecho administrativo de la defensa de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1995, (*cit. Derecho administrativo*).

R. CELLI/ M. GRENFELL, *Merger control in the United Kingdom and the European Union*, Kluwer Law International, Londres, 1997, (*cit. Merger control*).

R. CHEMAIN, *L'union économique et monétaire. Aspects juridiques et institutionnels*, Pedone, París, 1995, (*cit. L'union économique et monétaire*).

E. CHERMERINSKY, *Constitutional Law: principles and policies*, Aspen Publishers, Nueva York, 1997, (*cit. Constitutional Law*).

-
- M. CINI/ L. MCGOWAN, *Competition policy in the European Union*, Macmillan Press, Londres, 1998, (cit. *Competition policy*).
- J. COSTAS COMESAÑA, *Los cárteles de crisis. Crisis económica y defensa de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1997, (cit. *Los cárteles de crisis*).
- M. DASSESE/ S. ISAACS/ G. PENN, *EC Banking Law*, 2ª Ed., Lloyd's of London Press Ltd., Londres, 1994.
- F. L. DE LA VEGA GARCÍA, *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial*, Civitas, Madrid, 2001.
- A. EMPARANZA SOBEJANO, *El boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia*, Civitas, Madrid, 2000.
- I. FAINÉ/ R. TORNABELL, *El euro, la banca y las empresas*, Temas de Hoy, Madrid, 1998, (cit. *El euro, la banca*).
- D. FASQUELLE, *Droit américain et droit communautaire des ententes*, Joly Éditions, París, 1993, (cit. *Droit américain et droit communautaire*).
- J. FAULL/ A. NIKPAY (Editores), *The EC law of Competition*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- M. FEIN, *Law of electronic banking*, Aspen Publishers, Nueva York, 1999.
- C. FELSENFELD, *Banking Regulation in the United States*, Yonkers, Jurish Publishing, 2000 (cit. *Banking Regulation*).
- A. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, *Manual de Economía y Política de la UE*, Trotta, Madrid, 1997.
- G. FISCHER, *American Banking Structure*, Nueva York, Columbia University Press, 1968.
- A. FITZSIMMONS, *Insurance Competition Law: a handbook to the competition law of the European Union and the European Economic Area*, Graham&Trotman-Martinus Nijhoff, Londres-Dordrecht-Boston, 1994, (cit. *Insurance Competition Law*).
- C. FLOYD/ E. SULLIVAN, *Private antitrust actions: the structure and process of civil antitrust litigation*, Little, Brown & Co., Boston, 1996 (cit. *Private antitrust actions*).

D. FRIEDMAN, *Money & Banking*, 4ª Ed., American Bankers Association, Washington, 1998.

E. GALÁN CORONA, *Acuerdos restrictivos de la competencia*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1977 (*cit. Acuerdos restrictivos*).

E. GARCÍA COSO, *La regulación comunitaria de la concentración industrial europea*; Tecnos, Madrid, 2000, (*cit. La regulación comunitaria*).

J. GARRIGUES, *La defensa de la competencia mercantil*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1964.

E. GELLHORN/ W. KOVACIC, *Antitrust law and economics in a nutshell*, 4ª Ed., West Group, St. Paul, 1994, (*cit. Antitrust law and economics*).

D. GERBER, *Law and competition in the Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Clarendon Press, Oxford, 1998, (*cit. Law and competition in the Twentieth Century Europe*).

D. GIFFORD/ L. RASKIND, *Federal antitrust law: cases and materials*, Anderson Publishing, Cincinnati, 1998 (*cit. Federal antitrust law*).

C. GINER PARREÑO, *Distribución y libre competencia (El aprovisionamiento del distribuidor)*, Montecorvo, Madrid, 1994, (*cit. Distribución y libre competencia*).

A. GIOVANNINI/ C. MAYER (Editores), *European financial integration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991.

A. GLEISS, *Common market cartel law*, 3ª Ed., The Bureau of National Affairs, Washington, 1981 (edición norteamericana de la 3ª edición [1978] de la obra HIRSCH/ BECHTOLD/ HOOTZ, *EWG-Kartellrecht*).

B. GOLDMAN/ A. LYON-CAEN/ L. VOGEL, *Droit commercial européen*, 5ª Ed., Dalloz, París, 1994.

N. GOÑI URRIZA, *Problemas de aplicabilidad del Reglamento (CEE) 4064/89 sobre el control de las concentraciones de empresas*, Comares, Granada, 1997, (*cit. Problemas de aplicabilidad*).

D. GOYDER, *EC competition law*, 2º Ed., Clarendon Press, Oxford, 1993.

N. GREEN/ A. ROBERTSON, *Commercial Agreements and Competition Law. Practice and Procedure in the UK and EC*, 2ª Ed., Kluwer Law International, Londres, 1997, (cit. *Commercial Agreements*).

J. GUAL, *La racionalización del sector bancario español*, Fundación BBV, Bilbao, 1994, (cit. *La racionalización del sector bancario*).

- *La competencia en el sector bancario español*, Fundación BBV, Bilbao, 1992, (cit. *La competencia en el sector bancario*).

G. GUNTHER/ K. SULLIVAN, *Constitutional Law*, 13ª Ed., The Foundation Press, Nueva York, 1997.

B. HAWK, *Antitrust and Market Access: the Scope and Coverage of Competition Laws and Implications for Trade*, OCDE, París, 1996 (cit. *Antitrust and Market Access*).

F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Precios predatorios y Derecho antitrust. Estudio comparado de los ordenamientos estadounidense, comunitario y español*, Marcial Pons, Madrid, 1997 (cit. *Precios predatorios*).

D. HILDEBRAND, *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, Kluwer Law International, La Haya, 1998, (cit. *The Role of Economic Analysis*).

W. HOLMES, *Intellectual Property and Antitrust Law*, West Group, St. Paul, 1999.

H. HOVEMKAMP, *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*, 2ª Ed., West Group, St. Paul, 1999, (cit. *Federal antitrust policy*).

H. JACKSON/ E. SYMONS, *Regulation of Financial Institutions*, St. Paul, West Group, 1999.

G. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (Coordinador), *Derecho mercantil*, 6ª Ed., Editorial Ariel, Barcelona, 2000.

R. JOLIET, *Monopolization and abuse of dominant position: a comparative study of the American and European approaches to the control of economic power*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1970, (cit. *Monopolization and abuse of dominant position*).

- *The rule of reason in antitrust law: American, German and Common Market laws in comparative perspective*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1967, (cit. *The rule of reason*).

A. JONES/ B. SUFRIN, *EC competition law*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

C. JONES, *Private enforcement of antitrust law in the EU, UK and USA*, Oxford University Press, Oxford, 1999 (*cit. Private enforcement*).

C. S. KERSE, *EC Antitrust Procedure*, Sweet & Maxwell, Londres, 1994.

V. KORAH (Ed.), *Competition law of the European Community*, 2ª Ed., Matthew Bender, Nueva York/ San Francisco, 2001 (*cit. Competition law*).

V. KORAH, *An introductory guide to EC competition law and practice*, 7ª Ed. Hart Publishing, Oxford, 2000 (*cit. An introductory guide*).

V. KORAH/ W. ROTHNIE, *Exclusive distribution and the EEC competition rules*, 2ª Ed., Sweet & Maxwell, Londres, 1992 (*cit. Exclusive distribution*).

J. KWOKA/ L. WHITE (Editores), *The antitrust revolution: economics, competition and policy*, 3ª Ed., Oxford University Press, Nueva York, 1999, (*cit. The antitrust revolution*).

J. LATORRE DÍEZ, *Regulación de las entidades de crédito en España*, Fundación de las Cajas de Ahorro Confederadas para la investigación económica y social, Madrid, 1997 (*cit. Regulación de las entidades de crédito*).

D. LIVINGSTON, *Competition Law and practice*, Law & Tax, Londres, 1995, (*cit. Competition Law*).

J. LÓPEZ LIZ, *Los tipos de interés, una incógnita permanente. Estudio práctico jurídico-económico de su evolución última*, Marcial Pons, Madrid, 1996, (*cit. Los tipos de interés*).

J. MACEY/ G. MILLER, *Banking Law and Regulation*, 2ª Ed., Aspen Publishers, Nueva York, 1997.

P. MAESTRE CASAS, *Aplicabilidad del Derecho de la competencia a la banca*, Eurolex, Madrid, 1997, (*cit. Aplicabilidad del Derecho de la competencia*).

J. MAITLAND-WALKER (Editor), *Competition laws of Europe*, Butterworths, Londres, 1995.

M. MALLOY, *Bank Regulation*, St. Paul, West Group, 1999.

E. MASON, *Economic concentration and monopoly problem*, Cambridge, Harvard University Press, 1957.

J. MASSAGUER, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999, (cit. *Comentario*).

A. MATTERA, *El mercado único europeo: sus reglas, su funcionamiento*, Civitas, Madrid, 1991 (traducción de C. ZAPICO LANDROVE), (cit. *El mercado único europeo*).

H. MICKLITZ/ S. WEATHERILL, *European Economic Law*, Ashgate-Dartmouth, Aldershot-Brookfield-Singapur-Sydney, 1997.

L. M. MIRANDA SERRANO, *Las concentraciones económicas. Derecho europeo y español*, La Ley, Madrid, 1994 (cit. *Las concentraciones económicas*).

R. MUÑOZ DE BUSTILLO LLORENTE/ R. BONETE PERALES, *Introducción a la UE: un análisis desde la economía*, 2ª Ed., Alianza Editorial, Madrid, 2000, (cit. *Introducción a la UE*).

U. NEERGAARD, *Competition & competences: the tensions between European competition law and anti-competitive measures adopted by Member States*, Djof Publishing, Copenague, 1998, (cit. *Competition & competences*).

U. NIETO CAROL (Director), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000 (cit. *Condiciones generales*).

- *Contratos bancarios y parabancarios*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1998.

- *Crédito al consumo y transparencia bancaria*, Editorial Civitas, Madrid, 1998.

- *Aspectos Prácticos de la contratación mercantil*, CDC, monográfico, 1995.

OCDE, *Mergers in Financial Services*, DAF/CLP (2000) 17, Committee on Competition Law and Policy, Ginebra, 2000.

- *Enhancing the role of competition in the regulation of banks*, DAF/CLP (98) 16, Comité on Competition Law and Policy, Ginebra, 1998, (cit. *Enhancing the role of competition*).

L. ORTIZ BLANCO, *European Community Competition Procedure*, Clarendon Press, Oxford, 1996, (cit. *Competition procedure*).

- *El procedimiento en Derecho de la Competencia Comunitario*, Civitas, Madrid, 1994, (cit. *El procedimiento*).

- M. A. PENDÓN MELÉNDEZ, *Derecho público y Derecho privado en la ordenación del crédito. Normativa sectorial y crédito al consumo*, McGraw-Hill, Madrid, 1998 (cit. *Derecho público y Derecho privado*).
- F. PEÑA LÓPEZ, *La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust*, Comares, Granada, 2000.
- R. PERITZ, *Competition policy in America—history, rhetoric, law*, Revised Edition, Oxford University Press, Nueva York, 2000 (cit. *Competition policy in America*).
- M. V. PETIT LAVALL, *La protección del consumidor de crédito: las condiciones abusivas de crédito*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1996, (cit. *La protección del consumidor de crédito*).
- R. POSNER, *Antitrust law: an economic perspective*, The University of Chicago Press, Chicago, 1976.
- E. RAFFAELLI (Editor), *Antitrust between EC law and national law/ Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, Bruylant-Giuffrè, Bruselas-Milán, 1998 (cit. *Antitrust between EC Law and National Law*).
- D. M. RAYBOULD/ A. FIRTH, *Law of monopolies—Competition law and practice in the USA, EEC, Germany and the UK*, Graham&Trotman, Londres, 1991, (cit. *Law of monopolies*).
- L. RITTER/ W. BRAUN/ F. RAWLISON, *EEC Competition Law. A practitioner's guide*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1991, (cit. *EEC Competition Law*).
- S. RIVERO ALEMÁN, *Disciplina del crédito bancario y protección del consumidor*, Aranzadi, Pamplona, 1995, (cit. *Disciplina del crédito bancario*).
- J.F. ROBLES ELEZ-VILLAROEEL, *Prácticas incorrectas y condiciones abusivas en las operaciones bancarias*, 2ª Ed., Instituto Superior de Técnicas y Prácticas Bancarias, Madrid, 1995 (cit. *Prácticas incorrectas*).
- A. ROBLES MARTÍN-LABORDA, *Libre competencia y competencia desleal*, La Ley, Madrid, 2001 (cit. *Libre competencia*).
- S. ROSS, *Principles of Antitrust Law*, The Foundation Press, Nueva York, 1993.
- T. RUBIO GARRIDO, *La Ley de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios*, Comares, Granada, 1998, (cit. *La Ley de subrogación y modificación*).

- L. SALOMON/ D. SCHWARTZ/ J. BAUMAN/ E. WEISS, *Corporations law and policy: materials and problems*, 4ª Ed., St. Paul, West Group, 1998, (cit. *Corporations*).
- P. SAMUELSON/ W. NORDHAUS, *Economía*, 16ª Ed., McGraw-Hill, Madrid, 1999.
- F. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, 24ª Ed., McGraw-Hill, Madrid, 2001, (cit. *Instituciones*).
- W. SAUTER, *Competition law and industrial policy in the EU*, Clarendon Press, Oxford, 1997.
- P.J. SLOT/ A. MacDONNELL, *Procedure and Enforcement in EC and US Competition Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 1993, (cit. *Procedure and Enforcement*).
- J. E. SORIANO GARCÍA, *Derecho público de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- B. SOUSI-ROUBI, *Droit bancaire européen*, Dalloz, París, 1995.
- F. SOUTY, *Le Droit de la concurrence de l'Union européenne*, Montchrestien, París, 1997, (cit. *Le Droit de la concurrence*).
- E. SULLIVAN/ J. HARRISON, *Understanding antitrust and its economic implications*, 3ª Ed., Matthew Bender, Nueva York-San Francisco, 1998, (cit. *Understanding antitrust*).
- L. SULLIVAN, *Antitrust*, West Publishing, St. Paul, 1977.
- L. SULLIVAN/ W. GRIMES, *The law of antitrust: an integrated handbook*, West Group, St. Paul, 2000 (cit. *The law of antitrust*).
- P. TAYLOR, *E.C. & U.K. competition law & compliance*, Sweet & Maxwell, Londres, 1999.
- A. M. TOBÍO RIVAS, *La autorización de medidas limitativas de la competencia en el Derecho comunitario: análisis de los requisitos sustantivos*, Bosch, Barcelona, 1994, (cit. *La autorización de medidas limitativas*).
- L. TRIBE, *American Constitutional Law*, 3ª Ed., Foundation Press, Nueva York, 2000.
- L. C. UBERTAZZI, *Concorrenza e norme bancarie uniformi*, Giuffrè, Milán, 1986.
- L. C. UBERTAZZI (Editor), *La concorrenza bancaria*, Giuffrè, Milán, 1985.

R. URÍA/ A. MENÉNDEZ (Directores), *Curso de Derecho mercantil*, Civitas, Madrid, 1999.

I. VAN VAEL/ J. F. BELLIS, *Droit de la Concurrence de la Communauté Économique Européenne*, Bruylant, Bruselas, 1991, (cit. *Droit de la Concurrence*).

J. M. VÁZQUEZ PENA, *La transferencia bancaria de crédito*, Marcial Pons, Madrid, 1998, (cit. *La transferencia bancaria*).

J. VERGARI/ V. SHUE, *Checks, payments, and electronic banking*, Practising Law Institute, Nueva York, 1986.

F. VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho mercantil*, 14ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, (cit. *Introducción*).

- *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, 3ª Ed., Bosch Editor, Barcelona, 1991 (cit. *Compendio crítico*).

J. VICIANO PASTOR, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, (cit. *Libre competencia*).

W. VISCUSI/ J. VERNON/ J. HARRINGTON, *Economics of regulation and antitrust*, 3ª Ed., The MIT Press, Cambridge, 2000.

C. VON QUITZOW, *State measures distorting free competition in the EC*, Kluwer Law International, La Haya, 2001.

VVAA, *The modernisation of European competition law: the next ten years*, Centre for European Legal Studies, Cambridge, 1999, (cit. *The modernisation*).

VVAA, *Le secteur bancaire et la concurrence/De banksector en de mededinging*, Bruylant, Bruselas, 1997, (cit. *Le secteur bancaire*).

VVAA, *Mélanges Jean Pardon: Etudes en droit bancaire et financier/Studies inzake bank- en financieel recht*, Bruylant, Bruselas, 1996, (cit. *Mélanges Jean Pardon*).

VVAA, *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Civitas, Madrid, 1996, (cit. *Tratado de garantías*).

VVAA, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996 (cit. *Homenaje al Prof. Menéndez*).

VVAA, *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, (cit. *Homenaje al Prof. Brosetta*).

VVAA, *Estudios de Derecho bancario y bursátil, homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, La Ley, Madrid, 1994, (cit. *Homenaje al prof. Verdera*).

VVAA, *Seguridad jurídica y contratación mercantil*, Civitas, Madrid, 1994, (cit. *Seguridad jurídica*).

VVAA, *Il mercato único europeo nel settore bancario*, Futura 2000, Roma, 1992. (cit. *Il mercato único europeo*).

VVAA, *La banca española de los noventa*, Colegio de Economistas de Madrid, Madrid, 1990.

M. WAELBROECK/ A. FRIGNANI, *Derecho Europeo de la Competencia* (vol. 4 del Comentario J. Mégret), Bosch, Barcelona, 1998. Versión española de la 2ª Ed. de *Le droit de la CE*, Commentaire J. Mégret, vol. 4, *Concurrence*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 1997, realizada por I. SÁENZ-CORTABARRÍA FERNÁNDEZ y M. MORALES ISASI.

R. WESSELING, *The modernisation of EC antitrust law*, Hart Publishing, Oxford, 2000, (cit. *The modernisation*).

R. WHISH, *Competition Law*, 4ª Ed., Butterworths, Londres, 2001.

F. ZUNZUNEGUI, *Derecho del Mercado Financiero*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

B) ARTÍCULOS

G. ADAMS, "European and American antitrust regulation of pricing by monopolist", *Vand. J. Transnat'l. L.*, vol. 18, p. 1 y ss.

A. ALEXIS, "Les banques et le droit communautaire de la concurrence", *RCC*, núm 41, 1988, p. 29 y ss.

J. ALFARO ÁGUILA-REAL, "Observaciones críticas al proyecto de Ley de crédito al consumo", *RDBB*, núm. 56, 1994, p. 1031 y ss.

C. AHLBORN/ H. CHANG/ D. EVANS, "The problem of interchange fee analysis: case without case?", *ECLR*, vol. 22, 2001, p. 304 y ss.

A. ALMOGUERA GÓMEZ, "Reflexiones sobre la protección del prestatario hipotecario", en U. NIETO CAROL (Director), *Crédito al consumo y transparencia bancaria*, Civitas, Madrid, 1998, p. 703 y ss., (cit. *Crédito al consumo*).

- "Régimen vigente de las operaciones crediticias a tipo variable", en U. NIETO CAROL (Director), *Contratos bancarios y parabancarios*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1998, p. 105 y ss. También publicado en U. NIETO CAROL (Director), *Aspectos Prácticos de la contratación mercantil*, CDC, monográfico, 1995, p. 55 y ss.

R. ALONSO SOTO, "Derecho de la competencia (II). La defensa de la libre competencia", en R. URÍA/ A. MENÉNDEZ (Directores), *Curso de Derecho mercantil*, Civitas, Madrid, 1999, p. 265 y ss.

- "La modificación de la Ley española de Defensa de la Competencia", *GJCE*, núm. 120, 1997, p. 1 y ss.

- "Tarjetas de crédito, medios de pago electrónicos y Derecho de la Competencia", en VVAA, *Estudios de Derecho bancario y bursátil: Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, La Ley, Madrid, 1994, tomo I, p. 13 y ss., (cit. *Homenaje al prof. Verdura*).

- "Competencia y banca: la incidencia de la normativa comunitaria en materia de competencia sobre el Derecho español", en VVAA, *Il mercato único europeo nel settore bancario*, Futura 2000, Roma, 1992, p. 159 y ss., (cit. *Il mercato único europeo*).

J. M. ALSEDO SOLÍS, "El Derecho de la competencia en Europa y las empresas bancarias", *NCEE*, núm. 55 - 56, 1989, p. 21 y ss.

AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Comments on the Section of Antitrust Law of the American Bar Association on the European Commission's Draft Rules on Horizontal Cooperation Agreements*, junio 2000, (cit. *Comments on the Draft Rules*).

J. M. ANDREU, "Una década de beneficios bancarios: Tendencias, rupturas y peligros estructurales", *BICE*, núm. 2431, 1994, p. 2853 y ss.

- "Supercuentas y competencia bancaria", *BICE*, núm. 2234, 1990, p. 2029 y ss.

M. ARAUJO BOYD, "La intervención concurrente de la Comisión y las autoridades nacionales de competencia en aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CE. Reflexiones desde la práctica", *Anuario de la Competencia 1998*, p. 159 y ss.

M. AREÁN LALÍN, "La indemnización de daños y perjuicios por violación del Derecho antitrust", *La Ley*, núm. 1306, de 17 de octubre de 1985.

P. AREEDA, "The rule of reason: a catechism on competition", *Antitrust L. J.*, vol. 55, 1986, p. 571 y ss.

- "The changing contours of the per se rule", *Antitrust L. J.*, vol. 54, 1985, p. 27 y ss

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LA BANCA PRIVADA, *Memoria [1986]*, Madrid, 1987.

- *Memoria [1987]*, Madrid, 1988.

- *Memoria [1988]*, Madrid, 1989.

- *Memoria [1989]*, Madrid, 1990.

- *Memoria [1991]*, Madrid, 1992.

- *Informe [1991]*, Madrid, 1992.

- *Memoria [1992]*, Madrid, 1993.

- *Memoria [1993]*, Madrid, 1994.

- *Memoria [1995]*, Madrid, 1996.

- *Informe [1995]*, Madrid, 1996.

- *Informe [1998]*, Madrid, 1999.

A. AURIOLES MARTÍN, "Contratos bancarios de activo", en G. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (Coordinador), *Derecho mercantil*, 6ª Ed., Editorial Ariel, Barcelona, 2000, p. 483 y ss.

- "La Directiva comunitaria sobre las transferencias bancarias transfronterizas", *DN*, núm. 85, 1997, p. 11 y ss.

- "La protección de los usuarios de servicios bancarios y la normativa sobre transparencia de las operaciones", *La Ley*, 1991-3, p. 892 y ss.

N. AVERITT, "The Federal Trade Commission Act: an introduction", *J. Reprints*, vol. 19, 1989, p. 5 y ss.

- "The meaning of unfair methods of competition in Section 5 of the Federal Trade Commission Act", *B. C. L. Rev.*, vol. 21, 1980, p. 227 y ss.

M. AZCUENAGA, "Network externalities and other Internet antitrust issues", *PLI/Pat*, núm. 564, 1999, p. 333 y ss.

K. BACON, "State regulation of the market and E.C. competition rules: articles 85 and 86 compared", *ECLR*, vol. 17, 1997, p. 283 y ss.

D. BAKER, "Shared ATM networks- the antitrust dimension", *Antitrust Bull.*, vol. 41, 1996, p. 399 y ss.

- "Antitrust policy and ATM networks: a dynamic world", *Banking Pol'y Rep.*, vol. 15, 1996, p. 16 y ss.

- "Compulsory access to network joint ventures under the Sherman Act: rules of roulette?", *Utah L. Rev.*, 1993, p. 999 y ss.

- "Antitrust challenges to electronic banking networks", *Antitrust*, vol. 4, 1989, p. 8 y ss.

- "Creating and operating shared electronic funds transfer networks: competitive issues under antitrust and corporate law", *PLI/Corp*, núm. 479, 1985, p. 829 y ss.

J. BAKER, "Per se rules in the antitrust analysis of horizontal restraints", *Antitrust Bull.*, vol. 36, 1991, p. 733 y ss.

J. BAKER/ T. BRESNAHAN, "Empirical methods of identifying and measuring market power", *Antitrust L. J.*, vol. 61, 1992, p. 3 y ss.

D. BALTO, "The problem of interchange fees: costs without benefits?", *ECLR*, vol. 21, 2000, p. 215 y ss.

-
- "Let's reevaluate the effects of interchange fees", *Am. Banker*, 14 de marzo de 2000, s/p.
 - "Interchange fee rationales don't hold up", *Am. Banker*, 9 de marzo de 2000, s/p.
 - "Antitrust implications", en M. FEIN, *Law of electronic banking*, Aspen Publishers, Nueva York, 1999, p. 15-1 y ss.
 - "Networks and exclusivity: antitrust analysis to promote network competition", *Geo. Mason L. Rev.*, vol. 7, 1999, p. 523 y ss.
 - "Cyberbanking and antitrust: creating a level and competitive playing field", *ELCEC GLASS-CLE*, 1998, p. 311 y ss.
 - "Regulatory, competitive, and antitrust challenges of ATM surcharges", *BNA's Banking Rep.*, vol. 71, 1998, p. 82 y ss.
 - "Can the promise of debit cards be fulfilled?", *Bus. Law.*, vol. 53, 1998, p. 1093 y ss.
 - "ATM surcharges: panacea or Pandora's box?", *Rev. Ban. & Fin. Serv.*, vol. 12, 1996, p. 169 y ss.
 - "Access demands to payment systems joint ventures", *Harv. J. L. & Pub. Pol'y*, vol. 18, 1995, p. 623 y ss.
 - "Antitrust analysis of financial-institution joint ventures", *World Comp.*, vol. 16, 1993, p. 107 y ss.
- BANCO CENTRAL EUROPEO, *Folleto sobre TARGET*, BCE, Francfort, 1998.
- *Third Progress Report on the TARGET Projet*, BCE, Francfort, 1998.
 - *First Progress Report on the TARGET Projet*, BCE, Francfort, 1996.
- BANCO DE ESPAÑA, *Memoria del Servicio de Reclamaciones [1999]*, Madrid, 2000 (cit. *Memoria SRBE [1999]*).
- M. T. BARREIRA, "La transparencia de las operaciones financieras", *CDC*, núm. 15, 1994, p. 219 y ss.
- W. BAXTER, "The viability of vertical restraints doctrine", *Cal. L. Rev.*, vol. 75, 1987, p. 933 y ss.

L. BERENGUER FUSTER, "Excepciones a la prohibición de conductas colusorias", *BLC*, núm. 5, 1998, s/p.

D. BESCHLE, "What, never? Well, hardly ever: strict antitrust scrutiny as an alternative to per se antitrust illegality", *Hastings L. J.*, vol. 38, 1987, p. 471 y ss.

J. F. BELLIS, "La banque et le droit communautaire de la concurrence", en VVAA, *Mélanges Jean Pardon: Etudes en droit bancaire et financier/Studies inzake bank- en financieel recht*, Bruylant, Bruselas, 1996, p. 1 y ss., (cit. *Mélanges Jean Pardon*).

A. BENAVIDES, "The Spanish Authorities for the defence of competition and the AEB case", *JIBL*, núm. 1, 1994, p. 28 y ss.

J. M. BENEYTO, "Hacia un nuevo Derecho de la competencia. El Libro Blanco de la Comisión sobre modernización y descentralización en la aplicación de los arts. 85 y 86", *GJCE*, núm. 202, 1999, p. 9 y ss.

J. BENTIL, "Common Market anti-trust Law and restrictive business agreements or practices prompted by national regulatory measures", *ECLR*, vol. 19, 1998, p. 354 y ss.

L. BERENGUER FUSTER, "Reflexiones sobre la tipicación de las conductas prohibidas en la Ley de Defensa de la Competencia", *GJCE*, núm. D-29, 1998, p. 144 y ss.

L. BERENGUER FUSTER/ C. GINER PARREÑO, "Comentarios críticos sobre la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia", *DN*, núm. 114, 2000, p. 22 y ss.

G. BERNINI, "Attività bancaria e Diritto della concorrenza in Italia", en VVAA, *Estudios de Derecho bancario y bursátil, homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, La Ley, Madrid, 1994, tomo I, p. 239 y ss. (cit. *Homenaje al prof. Verdura*).

J. BIANCARELLI, "L'application du Droit Communautaire de la Concurrence au Secteur Financier (Banque et Assurance)", *Gaz. Pal.*, 8.6.1991, p.247 y ss.

S. BISHOP, "Modernisation of the rules implementing articles 81 and 82", *Eur. Comp. L. Ann.* 2000, p. 55 y ss.

O. BLACK, "Per se rules and rules of reason: what are they?", *ECLR*, vol. 18, 1997, p. 145 y ss.

W. BLUMENTHAL, "Three vexing issues under the essential facilities doctrine: ATM networks as illustration", *Antitrust L. J.*, vol. 58, 1989, p. 855 y ss.

BOARD OF GOVERNORS OF THE FEDERAL RESERVE SYSTEM, *Annual Report to the Congress on Retail Fees and Services on Depository Institutions*, julio 2001 <www.federalreserve.gov/BoardDocs/RptCongress/2001fees.pdf> (visitada 2/11/2001).

U. BÖGE, "The discussion on the modernisation of EC antitrust policy: an update on the Bundeskartellamt's point of view", *Eur. Comp. L. Ann.* 2000, p. 67 y ss.

C. BOLZE, "Règles de concurrence. Procédures, Demandes de renseignements (art. 11 du règlement (CEE) du Conseil), Utilisation des informations et documents communiqués (art. 214 CEE, art. 20 du règlement (CEE) 17/62 du Conseil)", *RTDCDE*, núm. 49, 1996, p. 380 y ss.

S. BOMSE, "Joint ventures: practices in search of principles", *PLI/Corp.*, núm. 915, 1996, p. 781 y ss.

P. BOS, "Towards a clear distribution of competence between EC and national competition authorities", *ECLR*, vol. 16, 1995, p. 410 y ss.

M. BOTANA AGRA, "La aplicación de las reglas comunitarias de la competencia a las entidades de crédito en el marco del artículo 90.2 del Tratado CEE", en VVAA, *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, La Ley, Madrid, 1994, tomo I, p. 349 y ss., (cit. *Homenaje al prof. Verdura*).

J. BRADBURY, "ATM surcharges and the expansion of consumer choice", *CATO Brief. Papers*, núm. 36, 1998 <www.cato.org/pubs/briefs/bp-036.pdf> (visitada 23/10/2000).

D. BREITKOPF, "Banks taking the offensive on ATM fees with Iowa suit", *Am. Banker*, 9 de julio de 2001, s/p.

C. BRIGHT, "Deregulation of EC competition policy: rethinking article 85(1)", [1995] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 505 y ss.

A. BROWN, "Notification of agreements to the EC Commission: whether to submit to a flawed system", *ELR*, vol. 17, 1992, p. 323 y ss.

C. BRUCE, "Senate tables D'Amato amendment to limit ATM fees for noncustomers", *Banking Daily News*, 18 de septiembre de 1998, p. D3.

J. BURDIEL HERNÁNDEZ, "Aproximación a la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios", *RXG*, núm. 6, 1994, primer cuatrimestre, p. 315 y ss.

A. BYRNE, "Liberals play fools over surcharges", *Am. Banker*, 22 de diciembre de 1999, s/p.

J. CADENAS CORONADO, "Derecho comunitario de la competencia en el sector bancario", *RDBB*, núm. 45, 1992, p. 167 y ss.

S. CALKINS, "California Dental Association: not a quick look but not the full monty", *Antitrust L. J.*, vol. 67, 2000, p. 495 y ss.

- "The October 1989 Supreme Court term and antitrust: power, access, and legitimacy", *Antitrust L. J.*, vol. 59, 1991, p. 339 y ss.

A.-L. CALVO CARAVACA/ M. P. CANEDO ARRILLAGA, "Comentarios sobre el Libro Blanco de la Comisión sobre modernización de las normas de aplicación de los arts. 81 y 82 TCE en relación con el principio *non bis in idem*", en A.-L. CALVO CARAVACA/ P. BLANCO-MORALES (Editores), *Derecho europeo de la competencia*, Editorial Colex, Madrid, 2000, p. 407 y ss.

F. CARLIN, "Vertical restraints: time for a change?", *ECLR*, vol. 17, 1996, p. 283 y ss.

D. CARLTON/ A. FRANKEL, "The antitrust economics of credit card networks: reply to Evans and Schmalensee comment", *Antitrust L. J.*, vol. 63, 1995, p. 903 y ss.

- "The antitrust economics of credit card networks", *Antitrust L. J.*, vol. 63, 1995, p. 643 y ss.

D. CARLTON/ M. KLAMER, "The need for coordination among firms, with special reference to network industries", *U. Chi. L. Rev.*, vol. 50, 1983, p. 446 y ss.

C. CHUNG, "The relationship between State regulation and EC competition law: two proposals for a coherent approach", *ECLR*, vol. 16, 1995, p. 87 y ss.

D. CLANTON, "Horizontal agreements, the rule of reason and the General Motors-Toyota joint venture", *Wayne L. Rev.*, vol. 30, 1984, p. 1239 y ss.

J. CLARK, "Towards a concept of workable competition", *Am. Econ. Rev.*, vol. 30, 1940, p. 241 y ss.

M. CLARKE, "The impact of emerging payment systems and products on banking competition and the competitive analysis of bank mergers and acquisitions", *Ann. Rev. Banking L.*, vol. 16, 1997, p. 161 y ss.

W. COLLINS, "California Dental Association and the future of rule of reason analysis", *Antitrust*, vol. 14, 1999, p. 54 y ss.

COMISIÓN EUROPEA, *Services of general economic interest in the banking sector*, informe adoptado por la Comisión el 17 junio 1998 y presentado al Consejo ECOFIN el 23 diciembre 1998 <europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/report_bank/report_bank_en.html> (visitada 15/12/2000).

- *II Report on Competition Policy [1972]*, Bruselas, 1973.
- *VI Report on Competition Policy [1976]*, Bruselas, 1977.
- *VII Report on Competition Policy [1977]*, Bruselas, 1978.
- *VIII Report on Competition Policy [1978]*, Bruselas, 1979.
- *IX Report on Competition Policy [1979]*, Bruselas, 1980.
- *XI Report on Competition Policy [1981]*, Bruselas, 1982.
- *XIII Report on Competition Policy [1983]*, Bruselas, 1984.
- *XIV Report on Competition Policy [1984]*, Bruselas, 1985.
- *XVI Informe sobre la Política de Competencia [1986]*, Bruselas, 1987.
- *XIX Informe sobre la Política de Competencia [1989]*, Bruselas, 1990.
- *XXII Informe sobre la Política de Competencia [1992]*, Bruselas, 1993.
- *XXIII Informe sobre la política de competencia [1993]*, Bruselas, 1994.
- *XXV Informe sobre la Política de Competencia [1995]*, Bruselas, 1996.
- *XXVI Informe sobre la Política de Competencia [1996]*, Bruselas, 1997.
- *XXVII Informe sobre la Política de Competencia [1997]*, Bruselas, 1998.
- *XXIX Informe sobre la Política de la Competencia [1999]*, Bruselas, 2000.
- *XXX Informe sobre la política de competencia [2000]*, Bruselas, 2001.

J. COOKE, "Changing responsibilities and relationships for Community and National courts: the implications of the White Paper", en VVAA, *The modernisation of European*

competition law: the next ten years, Centre for European Legal Studies, Cambridge, 1999, p. 58 y ss., (cit. *The modernisation*).

J. CORN, "Fleet Bank v Connecticut: the interpretation of Connecticut General Statute §36A-156", *Ann. Rev. Banking L.*, vol. 19, 2000, p. 681 y ss.

J. COSTAS COMESAÑA, "Acuerdos de reducción de capacidad de producción de menor importancia (Comentario a la resolución del TDC en el caso *Cajas Rurales Jalón y Zaragoza* desde la Ley 52/1999, de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia)", *DN*, núm. 207, 2000, p. 78 y ss.

- "Crónica crítica de la reforma de la Ley española de Defensa de la Competencia", *ADI*, vol. 20, 1999, p.1411 y ss.

- "Competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999", *ADI*, vol. 20, 1999, p. 437 y ss.

- "La nueva regulación de las medidas limitativas de la competencia: El Real Decreto-Ley 7/1996", *RGD*, núm. 632, 1997, p. 5679 y ss.

- "Medidas de liberalización de la economía y modificaciones del Derecho español de defensa de la competencia", *ADI*, vol. 17, 1996, p. 1007 y ss.

- "Los acuerdos de menor importancia en la Ley de defensa de la competencia", *ADI*, vol. 15, 1993, p. 153 y ss.

COSTI, "Informazione e mercato finanziario", en VVAA, *Estudios de Derecho bancario y bursátil, homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, La Ley, Madrid, 1994, t. I, p. 589 y ss., (cit. *Homenaje al prof. Verdura*).

CUATRECASAS Abogados, "La Comunicación de la Comisión sobre política de competencia y transferencias transfronterizas", *Instructa*, 1995, núm. 9, p. 5 y ss.

A. D'AMATO, Nota de Prensa 11 de junio de 1997, *Prepared Opening Statement*, Hearing on the General Accounting Office Report on Surcharges, (cit. *Opening statement*) <www.senate.gov/~banking/pressrel/611atmst.htm>.

M. DASSESE, "Application du droit communautaire de la concurrence aux activités bancaires: l'arrêt Züchner et ses suites", *CDE*, núm. 2-3, 1982, p. 294 y ss.

M. DASSESE/ S. ISAACS, "EEC Competition Law Affecting Banking: Recent Developments and Future Prospects", *JIBL*, 1988, p. 105 y ss.

- "Incidence du Droit Communautaire de la Concurrence sur certains accords bancaires nationaux et transnationaux", *CDE*, núm. 5-6, 1980, p. 527 y ss.

J. M. DE DIOS, "Jurisprudencia del TJCE. Sentencia de 14 de Julio de 1995, asunto T-275/94, Groupement des cartes bancaires CB c. Comisión Europea", *RJC*, núm. 2, 1996, p. 603 y ss.

L. DE GUINDOS, "La política económica del euro", publicado en *Expansión Directo* (<http://www.recoletos.es/expansion/dossier/euro/firmas03.htm>).

M. DE LA CUESTA GONZÁLEZ/ A. PÉREZ ZABALETA, "La protección de los intereses económicos de los consumidores españoles. Un análisis del sistema financiero", *EC*, núm. 32, 1995, p. 79 y ss.

M. DENGGER, "Relationships among competitors: horizontal restraints of trade", *PLI/Corp*, vol. 928, 1996, p. 9 y ss.

P. DENIS, "Antitrust issues will arise in electronic banking and commerce", *Banking Pol'y Rep.*, vol. 15, 1996, p. 4 y ss.

- "Focusing on the characterization of per se unlawful horizontal restraints", *Antitrust Bull.*, núm. 3, 1991, p. 641 y ss.

P. DE TORRES SIMO, "La banca y el Derecho de la competencia", *GJCE*, boletín 92, 1994, p. 5 y ss.

E. DÍAZ RUIZ, "Condiciones generales bancarias y defensa de la competencia (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 21 de enero de 1999)", *RDBB*, núm. 77, 2000, p. 189 y ss.

J. DISHINGTON, "Eurocheque: The Helsinki agreement and the first fines in the banking sector", *JIBL*, núm. 1, 1993, p. 32 y ss.

M. DOMÍNGUEZ GARCÍA, "Control de las concentraciones de empresas en el Derecho *antitrust* norteamericano. Líneas evolutivas", *ADI*, vol. 11, 1985-86, p. 161 y ss.

M. DOULE, "Does federal law preempt state or local laws that ban ATM surcharges?", *N.C. Banking Inst.*, vol. 4, 2000, p. 497 y ss.

B. DRAVIS, "Tying arrangements in the banking system: the excessive scope of the Bank Holding Company Act", *Ann. Rev. Banking L.*, vol. 5, 1986, p. 227 y ss.

F. EASTERBROOK, "Workable antitrust policy", *Mich. L. Rev.*, vol. 84, 1986, p. 1696 y ss.

- "The limits of antitrust", *Tex. L. Rev.*, vol. 63, 1984, p. 1 y ss

- "Vertical Arrangements and the rule of reason", *Antitrust L. J.*, vol. 53, 1984, p. 135 y ss.

L. ECHARD, Testimony before the Senate Banking, Housing and Urban Affairs Committee, Hearing on the Practice of Automated Teller Machines Surcharges, 15 de julio de 1998, (*cit. Testimony Senate Committee*).

F. ECHEVARRÍA PORTELL, "La aplicación del Derecho europeo de la competencia en el sector bancario", *CED*, núm. 2, 1989, p. 19 y ss.

D. EHLE, "State regulation under the U.S. antitrust State action and under E.C. competition law: a comparative analysis", *ECLR*, vol. 19, 1998, p. 380 y ss.

C. D. EHLERMANN, "L'huile et le sel: le secteur bancaire et le droit européen de la concurrence", *RTDE*, núm. 3, 1993, p.457 y ss.

- "The contribution of EC competition policy to the single market", *CMLRev.* vol. 29, 1992, p. 257 y ss.

U. EHRIKKE, "State intervention and EEC competition law. Opportunities and limits of the European Court of Justice's approach-a critical analysis of four key-cases", *World Comp.*, núm. 1, 1990, p. 93 y ss.

C. ESTEVA, "The application of EU competition rules to the insurance sector. Past developments and current priorities", *BILAJ*, núm. 94, 1997 <europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1997_019_en.html> (visitada 15/12/2000).

D. EVANS/ R. SCHMALENSEE, "Economic aspects of payment card systems and antitrust policy toward joint ventures", *Antitrust L.J.*, vol. 63, 1995, p.861 y ss.

R. FALKNER, "European Community competition policy and financial services: an overview", publicado en *ECLR*, vol. 12, 1991, p. 113 y ss.; y en *JIBL*, núm. 11, 1990, p. 437 y ss.

O. FANJUL/ F. MARAVALL, "Competencia y rentabilidad del sistema bancario", *PPEE*, núm. 18, 1984, p. 241 y ss

J. FASTOW, "Where the money is: litigation under section one of the Sherman Act in the financial services and securities industries", *Banking L. J.*, vol. 115, 1998, p. 774.

J. FAULL, *Eur. Comp. L. Ann.* 1997, p. 503 y ss.

- "Joint ventures under the EEC competition rules", *ECLR*, vol. 5, 1984, p. 358 y ss.

J. FAULL/ A. NIKPAY, "Article 81", en J. FAULL/ A. NIKPAY (Editores), *The EC law of Competition*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 61 y ss.

N. FENNELLY, "EC competition law—the millennium approaches", [1997] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 243 y ss.

A. FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, "Noticias. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre prácticas conscientemente paralelas de los bancos en materia de tipos de interés: una reacción normal del mercado", *RDBB*, núm. 64, 1996, p. 1199 y ss.

- "El problema del oligopolio en el Derecho de la competencia: reflexiones en torno al libre mercado, la libre competencia y la geometría", *RGD*, núms. 889-890, 1993, p. 10057 y ss.

J. M. FERNÁNDEZ-MARTÍN, "The competition rules of the E.C. Treaty and the European System of Central Banks", *ECLR*, vol. 22, 2001, p. 51 y ss.

C. FERNÁNDEZ-NOVOA, "Las fusiones bancarias en el Derecho antitrust norteamericano", en VVAA, *Estudios de Derecho bancario y bursátil, homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, La Ley, Madrid, 1994, (cit. *Homenaje al prof. Verdura*).

- "Un hito en la historia del Derecho de la competencia: centenario de la *Sherman Act*", *ADI*, vol. 13, 1989-1990, p. 675 y ss.

- "La fijación horizontal de precios (Comentario a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (Sala Primera) de 9 de marzo de 1983: caso *Lámparas de Incandescencia*), *ADI*, vol. 10, 1984-85, p. 169 y ss.

- "El Tribunal Supremo Norteamericano delimita el ámbito de aplicación de la *Robinson-Patman Act*", *ADI*, vol. 9, 1983, p. 539 y ss.

- "El caso *Illinois Brick*", *ADI*, vol. 5, 1978, p. 663 y ss.

J. FLYNN/ J. PONSOLDT, "Legal reasoning in the jurisprudence of vertical restraints: the limitations of neoclassical analysis in the resolution of antitrust disputes", *N.Y.U. L. Rev.*, vol. 62, 1987, p. 1125.

J. FLYNN, "Rethinking Sherman Act section 1 analysis: three proposals for reducing the chaos", *Antitrust L. J.*, vol. 49, 1982, p. 1593.

I. FORRESTER, *Eur. Comp. L. Ann.* 1997, p. 359 y ss.

- "Modernisation of EC competition law", [1999] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. s/p.

- "Competition structures for the 21st century", [1995] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 445 y ss.

I. FORRESTER/ C. NORALL, "The laicization of Community Law: self-help and the rule of reason: how competition law is and could be applied", *CML Rev.*, vol. 21, 1984, p. 11 y ss.

E. FOX, "Toward world antitrust and market access", *Am. J. Int'l. L.*, vol. 91, 1997, p. 1 y ss.

- "Competition law and the agenda for the WTO: forging the links of competition and trade", *Pac. Rim. L. & Pol'y J.*, vol. 4, p. 1 y ss.

- "The end of antitrust isolationism: the vision of one world", *U. Chi. Legal F.*, 1992, p. 221 y ss.

- "Monopolization and dominance in the United States and the European Community: efficiency, opportunity, and fairness", *Notre Dame Law.*, vol. 61, 1986, p. 981 y ss.

- "Consumer beware Chicago", *Mich. L. Rev.*, vol. 84, 1986, p. 1714 y ss.

- "Abuse of a dominant position under the Treaty of Rome—a comparison with US law", [1983] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 367 y ss.

E. FOX/ L. SULLIVAN, "Antitrust retrospective and prospective: where are we coming from? Where are we going?", *N.Y.U.L.Rev.*, vol. 62, 1987, p. 936 y ss.

A. FRANKEL, "EFT networks and the Canadian experience", *Antitrust L. J.*, vol. 67, 1999, p. 385 y ss.

- "Monopoly and competition in the supply and exchange of money", *Antitrust L. J.*, vol. 66, 1998, p. 313 y ss.

K. FRASER, "Connecticut high court takes banks' side on ATM charges", *Am. Banker*, 21 de diciembre de 1999, s/p.

T. FRAZER, "Competition policy after 1992: the next step", *Mod. L. Rev.*, vol. 53, 1990, p. 609 y ss.

F. GARCÍA CACHAFEIRO, "Problemática *antitrust* de las comisiones aplicables a los pagos con tarjeta (Comentario de la Resolución del TDC de 26 de abril de 2000, caso *Tasas de Pago con Tarjetas*)", *ADI*, vol. 21, 2000 (en prensa).

- "Los acuerdos de menor importancia en el Derecho *antitrust* (Comentario a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 24 de septiembre de 1997 en el caso *Hüls Española*", *Anuario FDUDC*, vol. 2, 1998, p. 665 y ss.

- "La nueva Comunicación de la Comisión Europea sobre los acuerdos de menor importancia", *ADI*, vol. 18, 1997, p. 1023 y ss.

R. GARCÍA GALLARDO, "Noticias. Acuerdos notificados", *DN*, núm. 85, 1997, p. 28 y ss.

A. GARCÍA-MON MARAÑÉS, "Colaboración entre las autoridades nacionales y comunitarias en materia de Derecho de la competencia. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de julio de 1992, *AEB*", *CE Aranzadi*, núm. 10, 1992, p. 43 y ss.

J. L. GARCÍA-PITA Y LASTRES, "El sistema eurocheque y el Derecho de la competencia en la Comunidad Económica Europea", *ADI*, tomo 10, 1984/85, p. 551 y ss.

R. GARCÍA-VICENTE, "Financial services and competition", *RIC/IRCL*, núm. 2, 1990, p. 55 y ss.

C. GAVALDA, "Note. Arrêt G. Züchner C. Bayerische Vereinsbank", *RTDE*, núm. 4, 1982, p. 740 y ss.

E. GELHORN/ T. TATHAM, "Making sense out of the rule of reason", *Case W. Res. L. Rev.*, vol. 35, 1984, p. 155 y ss.

D. GERBER, "The transformation of European Community competition law", *Harv. Int'l. L. J.*, vol. 35, 1994, p. 97 y ss.

P. GERHART, "The Supreme Court and antitrust analysis: the (near) triumph of the Chicago School", *Sup. Ct. Rev.*, 1982, p. 319 y ss.

M. J. GILLÉN FERRER, "Aplicación de los artículos 85 y 86 a las entidades financieras, en concreto, los sectores de seguros y de mercado de valores y la competencia", *RGD*, núm. 618, 1996, p. 2353 y ss.

C. GINER PARREÑO, "De nuevo sobre la interpretación del artículo 1.1 LDC de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) conforme a la *rule of reason*", *DN*, núm. 68, 1996, p. 62 y ss.

- "Artículo 1 de la Ley de defensa de la competencia y *rule of reason* (el caso *ICI Paints España, S.A.*)", *DN*, núm. 33, 1993, p. 10 y ss.

C. GINER PARREÑO/ A. ROBLES MARTÍN LABORDA, "Reforma de la Ley de Defensa de la Competencia", *DN*, núm. 113, 2000, p. 100 y ss.

- "Práctica colusoria sobre precios. Mercado relevante. Exención" *DN*, núm. 45, 1994, p. 58 y ss.

C. GINER PARREÑO/ A. M. TOBÍO RIVAS, "Arts. 85 y 86 del TCE. Condiciones bancarias uniformes relativas a la apertura de crédito en cuenta corriente y al afianzamiento en general", *DN*, núm. 101, 1999, p. 86 y ss.

- "Imposición de multas e intereses de demora", *DN*, núm. 63, 1995, p. 60 y ss.

- "Solicitud de información en virtud del art. 11, ap. 5 del Reglamento 17/62", *DN*, núm. 58/59, 1995, p. 46 y ss.

- "Fijación y publicación de tarifas comunes sobre comisiones, condiciones y gastos repercutibles aplicables como máximos a la clientela respecto a servicios bancarios por parte de determinadas entidades bancarias. Infracción de los artículos 1 y 3.a) de la Ley 110/1963. Infracción del artículo 85.1 del TCEE", *DN*, núm. 33, 1993, p. 47 y ss.

- "Recurso contra auto de admisión a trámite referido a la no utilización como prueba de información facilitada por la Comisión comunitaria. Derecho de defensa. Aplicación conjunta de la normativa nacional y comunitaria", *DN*, núm. 30, 1993, p. 54 y ss.

- "Reglamento núm. 17/62. Utilización por las autoridades nacionales de información recogida por la Comisión. Derechos de defensa. Secreto profesional", *DN*, núm. 25, 1992, p. 63 y ss.

J. GLADIEUX, "Towards a single standard for antitrust: the Federal Trade Commission's evolving rule of reason", *Geo. Mason L. Rev.*, vol. 5, 1997, p. 480.

J. A. GÓMEZ SEGADE, "La nueva Ley de defensa de la competencia", *ADI*, vol. 13, 1989-90, p. 579 y ss.

- "Panorámica del Derecho de la libre competencia en la C.E.E.", *ADI*, vol. 5, 1978, p. 67 y ss.

N. GREEN, "Article 85 in perspective: stretching jurisdiction, narrowing the concept of a restriction and plugging a few gaps", *ECLR*, vol. 9, 1988, p. 190 y ss.

M. GRIFFITHS, "A glorification of de minimis—The regulation on vertical agreements", *ECLR*, vol. 21, 2000, p. 241 y ss.

K. GRIMM/ D.BALTO, "Consumer pricing for ATM services: antitrust constraints and legislative alternatives", *Ga. St. U. L. Rev.*, vol. 9, 1993, p. 839 y ss.

- "How the antitrust laws limit pricing policies of shared ATM networks", *Banking L. Rev.*, vol. 4, 1992, p. 15 y ss.

M. GUERIN-CALVERT, "Current merger policy: banking and ATM network mergers", *Antitrust Bull.*, vol. 41, 1996, p. 289 y ss.

A. GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, "La reforma de la Ley de defensa de la competencia: principales novedades", *RGD*, núms. 670-71, 2000, p. 9575 y ss.

- "El nacimiento del principio *de minimis* en el derecho español sobre la libre competencia", *La Ley*, núm. 2911, del viernes 22 de octubre de 1999.

L. GYSELEN, "Financial Services", en V. KORAH (Editor), *Competition Law of the European Community*, 2ª Ed., Matthew Bender, Nueva York-San Francisco, 2001, p. 18-1 y ss. (*cit. Competition law*).

- "Antitrust Law in the area of financial services: the cause of subsidiarity diagnosed", en E. RAFFAELLI (Editor), *Antitrust between EC Law and National Law/ Antitrust fra Diritto nazionale e Diritto comunitario*, Bruylant-Giuffrè, Bruselas-Milán, 1998, p. 439 y ss., (*cit. Antitrust between EC Law and National Law*).

- "EU Antitrust Law in the area of financial services—capita selecta for the cautious shaping of a policy", [1996] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 329 y ss.

- "Panel discussion. Financial services and insurance under EC competition law", [1996] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 329 y ss.

- "EC Competition policy and financial services: Draft Notice on cross - border credit transfer", *CEPS*, 24/2/1995, (cit. *EC competition policy*) <europa.eu.int/comm/dg04/speech/five/en/sp95007.htm> (visitada 15/12/2000).
- "Anti-competitive State measures under the EC Treaty: towards a substantive legality standard", *ELR*, vol. 18, 1993, p. 55 y ss.
- "State action and the effectiveness of the EEC Treaty's competition provisions", *CMLRev.*, 1989, p. 33 y ss.
- "Vertical restraints in the distribution process: strength and weakness of the free rider rationale under EEC competition law", *CMLRev.*, vol. 21, 1984, p. 647 y ss..
- D. F. HALL, "Enforcement of E.C. competition law by national courts", en P.J. SLOT/ A. MacDONNELL, *Procedure and Enforcement in EC and US Competition Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 1993, (cit. *Procedure and Enforcement*), p. 21 y ss.
- J. HALVERSON, "The future of horizontal restraints analysis", *Antitrust L. J.*, vol. 57, 1988, p. 33 y ss.
- B. HAWK, "EU modernisation: a latter-day reformation", *GCR*, 1999, p. 12 y ss.
- *Eur. Comp. L. Ann.* 1997, p. 351 y ss.
- "System failure: vertical restraints and EC competition law", *CMLRev.*, vol. 32, 1995, p. 973 y ss.
- "1992 and EEC competition policy", *Antitrust*, vol. 4, 1990, 23 y ss.
- "The proposed revisions to the Justice Department's Antitrust Guidelines for International Operations and recent developments in EEC competition law", *Antitrust L. J.*, vol. 57, 1988, p. 299 y ss.
- "The American (anti-trust) revolution: lessons for the EEC?", *ECLR*, vol. 9, 1988, p. 53 y ss.
- "Antitrust in the EEC: the first decade", *Fordham L. Rev.*, vol. 41, 1972, p. 229 y ss.
- B. HAWK/ N. DENAEIJER, "The development of articles 81 and 82 EC Treaty: legal certainty", *Eur. Comp. L. Ann.* 2000, p. 129 y ss.

- "The development of articles 81 and 82: legal certainty and efficiency", en VVAA, *The modernisation of European competition law: the next ten years*, Centre for European Legal Studies, Cambridge, 1999, p. 44 y ss., (cit. *The modernisation*).

B. HAWK/ L. LAUDATI, "Antitrust federalism in the United States and decentralization of competition law enforcement in the European Union: a comparison, *Fordham Int'l. L. J.*, vol. 20, 1996, p. 18 y ss.

B. HAWK/ D. VELTROP, "Les développments du droit antitrust aux Etats-Unis: analyse raffiné: application agressive et internationale", *RIDE*, núm. 3, 1994, p. 300 y ss.

- "Dual antitrust enforcement in the United States: positive or negative lessons for the European Community", en P.J. SLOT/ A. MacDONNELL, *Procedure and Enforcement in EC and US Competition Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 1993, (cit. *Procedure and Enforcement*), p. 21 y ss.

G. HAY, "Market power in antitrust", *Antitrust L. J.*, vol. 60, 1992, p. 807 y ss.

J. M. HERNÁNDEZ ANTOLÍN, "Breve análisis de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios", *RCDI*, núm. 622, 1994, p. 1191 y ss.

M. D. HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, "Algunas cuestiones civiles de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios", *CDC*, núm. 19, p. 155 y ss.

A. HERNÁNDEZ MORENO/ I. VIOLA DEMESTRE, "La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (breves notas y aproximación crítica)", en VVAA *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Civitas, Madrid, 1996, tomo II, vol. 2, p. 389 y ss., (cit. *Tratado de garantías*).

F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "El Reglamento (CE) núm. 2790/1999, de 22 de diciembre de 1999, sobre limitaciones verticales", *ADI*, vol. 20, 1999, p. 1467 y ss.

A. HOFFMAN, "Anti-competitive State legislation condemned under articles 5, 85 and 86 EEC Treaty: how far should the Court go after Van Eycke?", *ECLR*, vol. 11, 1990, p. 11 y ss.

D. HOLLEY, "EEC competition practice: a thirty-year retrospective", [1992] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 669 y ss.

L. HORSBY, "Competition policy in the 80's: more policy less competition?", *ELR*, vol. 12, 1987, p. 79 y ss.

M. HORSPOOL/ V. KORAH, "Competition", *Antitrust Bull.*, vol. 37, 1992, p. 337 y ss.

P. HOROVITZ, "ATM surcharges: their effect on competition and efficiency", *J. Ret. Banking Serv.*, vol. 18, 1996, p. 57 y ss.

H. HOVEMKAMP, *Eur. Comp. L. Ann.* 1997, p. 417 y ss.

- "Exclusive joint ventures and antitrust policy", *Colum. Bus. L. Rev.*, 1995, p. 1 y ss.

- "The Sherman Act and the classical theory of competition", *Iowa L. Rev.*, vol. 74, 1989, p. 1019 y ss.

- "Chicago and its alternatives", *Duke L. Rev.*, 1986, p. 1014 y ss.

- "Antitrust policy after Chicago", *Mich. L. Rev.*, vol. 84, 1985, p. 213 y ss.

- "State antitrust in the federal scheme", *Ind. L. Rev.*, vol. 58, 1983, p. 375 y ss.

J. HUTCHINS, "Antitrust", *Det. C. L. Rev.*, 1996, p. 163 y ss.

R. ILLESCAS ORTIZ, "Derecho de la competencia: la libre competencia", en G. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (Coord.), *Derecho mercantil*, 6ª Ed., Editorial Ariel, Barcelona, 2000.

P. JEBSEN/ R. STEVENS, "Assumptions, goals and dominant undertakings: the regulation of competition under article 86 of the European Union", *Antitrust L. J.*, vol. 64, 1996, p. 443 y ss.

F. JENNY, "Competition law enforcement: is economic expertise necessary?", [1998] *Fordham Corp. L. Inst.*, 185 y ss.

R. JOLIET, "Reglementations etatiques anticoncurrentielles et Droit communautaire", *CDE*, 1988, p. 363 y ss. (versión francesa del artículo "National anti-competitive legislation and Community law", [1988] *Fordham Corp. L. Inst.*, capítulo 16).

J. KATTAN, "Antitrust analysis of technology joint ventures: allocative efficiency and the rewards of innovation", *Antitrust L. J.*, vol. 61, 1993, p. 937 y ss.

J. KATTAN/ D. BALTO, "Analyzing joint ventures' ancillary restraints", *Antitrust*, vol. 8, 1993, p. 13 y ss.

M. KATZ/ C. SHAPIRO, "Antitrust in software markets", ponencia presentada en el congreso *Competition, Convergence and the Microsoft Monopoly*, febrero de 1998, (*cit. Antitrust in software markets*), < <http://www.haas.berkeley.edu/~shapiro/software.pdf>> (visitada 5/9/2001).

- "Network externalities, competition and compatibility", *Am. Econ. Rev.*, vol. 75, 1985, p. 424 y ss.

T. KAUPER, "The Sullivan approach to horizontal restraints", *Calif. L. Rev.*, vol. 75, 1987, p. 893 y ss.

C. KIRCHNER, *Eur. Comp. L. Ann.* 1997, p. 513 y ss.

W. KOLASKY, "California Dental Association v. FTC: the new antitrust empiricism", *Antitrust*, vol. 14, 1999, p. 68 y ss.

- "Counterpoint: the Department of Justice's stepwise approach imposes too heavy a burden on parties to horizontal agreements", *Antitrust*, vol. 13, 1998, p. 41 y ss.

S. KON, "The Commission's White Paper on modernization: the need for procedural harmonization", [1999] *Fordham Corp. L. Inst.*, s/p.

- "Article 85, Para. 3: a case for application by national courts", *CML Rev.*, vol. 19, 1982, p. 541 y ss.

S. KON/ A MAXWELL, "Enforcement in national courts of the EC and the UK competition rules: obstacles to effective enforcement", *ECLR*, vol. 19, 1998, p. 442 y ss.

J. KONVISSER, "Coins, notes, and bits: the case for legal tender on the Internet", *Harv. J. L. & Tech.*, vol. 10, 1997, p. 321 y ss.).

V. KORAH, "Analysis of article 81(1) (ex article 85(1))", en V. KORAH (Ed.), *Competition law of the European Community*, 2ª Ed., Matthew Bender, Nueva York/ San Francisco, 2001, p. 2-1 y ss. (*cit. Competition law*).

- "From legal form toward economic efficiency—article 85(1) of the EEC Treaty in contrast to U.S. antitrust", *Antitrust Bull.*, vol. 35, 1990, p. 1009 y ss.

- "EEC competition policy—legal form or economic efficiency", *CLP*, vol. 39, 1986, p. 85 y ss.

- "Züchner vs. Bayerische Vereinsbank AG—joint dominance", *ELR*, vol. 8, 1982, p. 226 y ss.

- "The rise and fall of provisional validity—the need for a rule of reason in EEC antitrust", *Nw. J. Int'l. L. & Bus.*, 1981, p. 320 y ss.

W. KOVACIC/ C. SHAPIRO, "Antitrust policy: a century of economic and legal thinking", *J. Econ. Persp.*, vol. 14, 2000, p 43 y ss., <<http://www.haas.berkeley.edu/~shapiro/software.pdf>> (visitada 2/3/2000).

R. KOVAR, "Le Droit communautaire de la concurrence et la *règle de raison*", *RTDE*, vol. 23, 1987, p. 237 y ss.

T. KRATTENMAKER, "Per se violations in antitrust law: confusing offenses with defenses", *Geo. L. J.*, vol. 77, 1988, p. 165 y ss.

T. KRATTENMAKER/ S. SALOP, "Anticompetitive exclusion: raising rivals' costs to achieve power over price", *Yale L. J.*, vol. 96, 1986, p. 209 y ss.

J. KWOKA/ L. WHITE, "Introduction", en J. KWOKA/ L. WHITE (Editores), *The antitrust revolution: economics, competition and policy*, 3ª Ed., Oxford University Press, Nueva York, 1999, p. 1 y ss., (cit. *Introduction*).

R. LAFUENTE SÁNCHEZ, "La aplicación de las normas comunitarias de la competencia a los sistemas de pagos transfronterizos", *NUE*, núm. 169, 1999, p. 71 y ss.

- "Las transferencias transfronterizas en la Unión Europea: Reflexiones sobre la Propuesta de Directiva de 18 de noviembre de 1994", *RGD*, núm. 620, 1996, p. 5003 y ss.

W. LANDES/ R. POSNER, "Market power in antitrust cases", *Harv. L. Rev.*, vol. 94., 1981, p. 937 y ss.

J. LANGENFELD/ J. MORRIS, "Analyzing agreements among competitors: what does the future hold?", *Antitrust Bull.*, vol. 36, 1991, p. 651 y ss.

K. LASOK, "European News. Whether national competition authorities can use as evidence information given to the Commission under procedure to gain negative clearance under Regulation 17", *JIBL*, núm. 10, 1992, p. N-192.

M. LEMLEY y D. MCGOWAN, "Legal implications of network economic benefits", *Cal. L. Rev.*, vol. 86, 1998, p. 479 y ss.

H. LESGUILLONS/ N. JALABERT, "Application des règles communautaires de concurrence au secteur financier: L'intervention d'entreprises disposant de prérogatives de service public relatives à l'épargne populaire dans le secteur bancaire et financier", en

VVAA, *Mélanges Jean Pardon: Etudes en droit bancaire et financier/Studies inzake bank- en financieel recht*, Bruylant, Bruselas, 1996, p. 361 y ss., (cit. *Mélanges Jean Pardon*).

LESQUINS, "Concurrence et cartes bancaires (à propos de la saisine du Conseil national du Commerce contre le GIE Cartes bancaires)", *RCC*, núm. 58, 1990, p. 12 y ss.

R. LITAN, *ATM fees: an economic analysis*, informe preparado para la *American Bankers Association*, noviembre 1999, (cit. *ATM fees*) <www.aba.com/aba/PDF/GR_atmfees.pdf> (visitada 1/10/2000).

E. LLOPIS REYNA, "Intercambio de información entre administraciones públicas y derechos de defensa (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de julio de 1992 en el asunto C-67/91, DGDC vs. AEB y otros)", *REDA*, núm. 83, 1994, p. 477 y ss.

J. LOPATKA/ W. PAGE, "Microsoft, monopolization, and network externalities: some uses and abuses of economic theory in antitrust decision making", *Antitrust Bull.*, vol. 40, 1995, p. 317 y ss.

M. LÓPEZ ESCUDERO, "Las reglamentaciones nacionales anticompetitivas (Comentario a las sentencias del TJCE de 17 de noviembre de 1993, asuntos Meng, Ohra y Reiff)", *RJE*, núm. 3, 1994, p. 917 y ss.

J. LÓPEZ MADRUGA, "Aplicación de las reglas comunitarias de competencia a los bancos", *BLC*, núm.6, 1999, s/p.

M. A. LÓPEZ SÁNCHEZ, "Disciplina bancaria y protección del consumidor", *EC*, núm. 42, 1997, p. 9 y ss.

J. V. LOUIS/ J. C. SÉCHÉ/ M. WOLFCARIUS/ T. MARGELLOS/ J. F. MARCHIPONT, "Union économique et monétaire", en VVAA, *Le Droit de la CEE, Commentaire Megret* núm. 6, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 1995 (cit. *Commentaire Megret* 6).

J. LÜCKING, "Horizontal co-operation agreements: ensuring a modern policy", *CPNewsl.*, 2000, p. 41 y ss.

E. LUDWIG, "Antitrust and banking", *Antitrust Bull.*, vol. 41, 1996, p. 475 y ss.

P. MAESTRE CASAS, "Improcedencia del uso de las informaciones suministradas por los bancos españoles a la Comisión por la administración española. Comentario a la

STJCE de 16 de julio de 1992", *La Ley, Supl. Comunidades Europeas*, núm. 85, 1994, p. 2.

- "Compatibilidad de las normas bancarias uniformes con el Derecho comunitario de competencia (Comentario a la sentencia del TJCE de 21 de enero de 1999), *La Ley, supl. Unión Europea*, núm. 4786, 1999, p. 6 y ss.

G. MARENCO, "Note. Mesures etatiques et liberte de concurrence", *RTDE*, 1984, p. 521 y ss.

- "Le Traite CEE interdit-il aux etats membres de restreindre la concurrence?", *CDE*, núm. 2, 1986, p. 285 y ss.

- "Government action and antitrust in the United States: what lessons for Community law?", *LIEI*, núm. 1, 1987, p. 1 y ss.

D. MARKS/ J. JACOBSON, "Price-fixing: an overview", *Antitrust Bull.*, vol. 30, 1985, p. 199 y ss.

J. N. MARTÍ SÁNCHEZ, "El préstamo bancario de dinero", en U. NIETO CAROL (Director), *Contratos bancarios y parabancarios*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1998, p. 383 y ss. También publicado en U.

L. MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑA, "Aspectos informativos y de transparencia de la contratación bancaria", *RGD*, núm. 608, 1995, p. 4745 y ss.

- "El derecho a la información de la clientela de las entidades de crédito. Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 y Circular 8/90 del Banco de España", *RDBB*, núm. 51, 1993, p. 763 y ss.

S. MARTÍNEZ LAGE, "¿Próximo *Big Bang* en el Derecho comunitario de la competencia?", *GJCE*, núm. 210, 2000, p. 3 y ss.

- "La sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999", *GJCE*, núm. 205, 2000, p. 3 y ss.

- "Significant developments in Spanish Anti-trust law", *ECLR*, vol. 17, 1996, p. 194 y ss.

E. MARTÍNEZ PIÑEIRO, "Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (Ley 2/1994, de 30 de marzo)", *RJN*, núm. 9, 1994, p. 57 y ss.

- J. MASSAGUER, "La explotación de una situación de dependencia económica como acto de competencia desleal", en VVAA, *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Brosseta Pont*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 2203 y ss., (cit. *Homenaje al Prof. Brosseta*).
- "Antitrust y licencia de patenete y know-how tras la reforma del Derecho español de defensa de la competencia", *DN*, núm. 19, 1992, p. 21 y ss.
- P. MASSEY, "Reform of EC competition law: substance, procedure and institutions", [1996] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 91 y ss.
- R. MATEU DE ROS, "El sector financiero y la legislación española sobre consumidores y competencia" *RDBB*, núm. 72, 1998, p. 977 y ss.
- M. MATSUSHITA, "A Japanese view on the modernisation White Paper published by the European Commission", *Eur. Comp. L. Ann. 2000*, p. 197 y ss.
- C. MATUTES/ A. PADILLA, "Un ensayo sobre la competencia bancaria en el mercado de depósitos", *Cuad. Ec. ICE*, , núm. 57, 1994, p. 141 y ss.
- P. MAVROIDIS y D. NEVEN, "The White Paper: a whiter shade of pale interests, and interests", *Eur. Comp. L. Ann. 2000*, p. 207 y ss.
- J. McANDREWS, "ATM surcharges", *FRB New York- Current Issues*, vol. 4, 1998, p. 1 y ss.
- "Network issues and payment systems", *FRB Philadelphia- Bus. Rev.*, 1997, p. 15 y ss.
- M. McFALLS, "The role and assessment of classical market power in joint venture analysis", *Antitrust L. J.*, vol. 66, 1998, p. 651 y ss.
- D. McGOWAN, "Networks and intention in antitrust and intellectual property law", *J. Corp. L.*, vol. 24, 1999, p. 485 y ss.
- E. M. MERSING, "The modernization of EC competition law—the need for a common competition culture", [1999] *Fordham Corp. L. Inst.*, s/p.
- P. MEYER, "Supreme Court is extremely active on banking issues", *Banking Pol'y Rep.*, vol. 15, núm. 3, 1996, p. 2 y ss.
- L. MIRANDA SERRANO, "La rule of reason en el Derecho de la competencia: a propósito de la transmisión de empresas (Consideraciones en torno a la resolución del

TDC en el asunto *ICI Paints España SA*”, en VVAA, *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Brosseta Pont*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, t. 2, p. 2315 y ss., (cit. *Homenaje al Prof. Brosseta*).

F. MONTAG, “The case for a reform of Regulation 17/62: problems and possible solutions from a practitioner’s point of view, [1998] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 157 y ss.

V. J. MONTES GAN, “Los acuerdos de fijación de precios. Un análisis de las resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1996”, *Anuario de la competencia 1996*, p. 219 y ss.

M. MONTI, “The modernisation of EC antitrust policy”, *Eur. Comp. L. Ann.* 2000, p. 4 y ss.

- “A European competition policy for today and tomorrow”, conferencia pronunciada en junio de 2000 ante la Sección *Antitrust* de la *American Bar Association*, (cit. *A European competition policy*), < <http://europa.eu.int/comm/competition/speeches>> (visitada 1/7/2001).

M. MORIN, “Santa Monica may ban some ATM fees”, *L. A. Times*, 7/10/1999, p B3.

T. MURIS, “The new rule of reason”, *Antitrust L. J.*, vol. 57, 1989, p. 859 y ss.

P. NADLER, “Let banks, not government, decide policies on ATM fees”, *Am. Banker*, 21 de diciembre de 1999, s/p.

- “Battle over ATM fees shows that all parties have something to learn”, *Am. Banker*, 24 de noviembre de 1999, s/p.

J. J. NAVARRO CHINCHILLA, “Condiciones generales y cláusulas abusivas en la contratación bancaria”, en U. NIETO CAROL (Director), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 527 y ss. (cit. *Condiciones generales*).

M. NEELY, “What is price convenience? The ATM surcharge debate”, *FRB St. Louis-Reg. Econ.*, julio, 1997, p. 5 y ss.

M. NEGENMAN, “EU anti-trust law (articles 85 and 86) and their potential impact on the banking sector of the Czech”, discurso ante la *Federación Bancaria de la Unión Europea* (FBE), Bruselas, 28/4/1998, (cit. *EU anti-trust law*), <europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1998_016_en.html> (visitada 15/12/2000).

H. P. NEHL, "Changes in legislation: constitutional reform and the role of the administrator", en VVAA, *The modernisation of European competition law: the next ten years*, Centre for European Legal Studies, Cambridge, 1999, p. 10 y ss., (cit. *The modernisation*).

D. NEILL, "The ATM surcharge debate: logical fallacies and antitrust reality", *BNA's Banking Rep.*, vol. 71, 1998, p. 233 y ss.

Note, "Connecticut Supreme Court holds that statute does not prohibit ATM surcharge fees— *Burke v. Fleet National Bank*, 742 A. 2d 293 (Conn., 1999), *Harv. L. Rev.*, vol. 113, 2000, p. 2122 y ss.

Note, "Fixing the price-fixing confusion: a rule of reason approach", *Yale L. J.*, vol. 92, 1983, p. 706 y ss.

M. ODRIOZOLA, "Spain introduces mandatory merger control", *ECLR*, vol. 20, 199, p. 342 y ss.

O. ODULU, "Interpreting article 81(1): object as subjective intention", *ELR*, vol. 26, 2001, p. 60 y ss.

M. OLMSTED, "The ATM revolution", *Nw. Fin. Rev.*, vol. 184, 1999, s/p.

J. PALLARÉS AYALA, "Acuerdos interbancarios y Derecho de la competencia de la CE: una aproximación", *RGD*, núm. 604-605, 1995, p. 561 y ss.

- "Comunicación de La Comisión sobre política de competencia y transferencias transfronterizas", *RDBB*, núm. 61, 1996, p. 213 y ss.

A. PAPPALARDO, "Modernisation of EC competition law: some doubts and questions on the forthcoming reform", [2000] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 365 y ss.

- "L'approche de la Commission et la jurisprudence communautaire", en VVAA, *Le secteur bancaire et la concurrence/De banksector en de mededinging*, Bruylant, Bruselas, 1997, p. 77 y ss., (cit. *Le secteur bancaire*).

J. PARDON, "Application du droit européen de la concurrence en matière bancaire et financière", *RDAL*, núm. 1, 1990, p. 115 y ss.

J. PASCUAL Y VICENTE, "Las conductas prohibidas en la reformada Ley de Defensa de la Competencia", *GJCE*, núm. 205, 2000, p. 10 y ss.

M. PATTERSON, "The market power requirement in antitrust rule of reason cases: a rhetorical history", *San Diego L. Rev.*, vol. 37, 2000, p. 1 y ss.

L. PEEPERKORN, "Revision of the 1997 Notice on agreements of minor importance (de minimis Notice)", *CPNewsL.*, núm. 2, 2001, p. 4 y ss.

W. PENGILLEY, "Comparative approaches to the enforcement of antitrust laws against price-fixing arrangements (with special emphasis on the lessons to be learned from antitrust law and enforcement in Australia)", *Antitrust Bull.*, núm. 4, 1983, p. 883 y ss.

A. PERA/ M. TADIO, "Enforcement of EC competition rules: need for a reform?", [1996] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 125 y ss.

M. P. PERALES CASILLAS, "Transferencias bancarias: Directiva 97/5/CE, Ley Modelo de UNCITRAL y Artículo 4º UCC", *DN*, núm. 88, 1997, p. 1 y ss.

J. PÉREZ-BUSTAMANTE KÖSTER, "La explotación abusiva de la situación de dependencia económica en la Ley de Defensa de la Competencia: examen crítico del nuevo precepto", *GJCE*, núm. 205, 2000, p. 33 y ss.

A. PIDGEON, "Show me the money— but don't make me pay for it: an analysis of why legislation banning ATM surcharges is inappropriate and un warranted", *NYU J. Legis. & Pub. Pol'y.*, vol. 3, 2000, p. 393 y ss.

P. PIERCE, "The bank-customer relation: states' rights, bad press and new law", *Consumer Fin. L. Q. Rep.*, vol. 50, 1996, p. 32 y ss.

H. PIFFAUT, "Banque-concurrence", *L'observateur*, núm. 21, 1997, <europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1997_006_fr.html > (visitada 15/12/ 2000).

H. PIFFAUT/ C. WILLIAMS, "Financial services", en J. FAULL/ A. NIKPAY (Editores), *The EC law of Competition*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 635 y ss.

T. PIRAINO, "An antitrust remedy of monopoly leveraging by electronic networks", *Nw. U. L. Rev.*, vol. 93, 1998, p. 1 y ss.

- "The antitrust analysis of network joint ventures", *Hastings L. J.*, vol. 47, 1995, p. 5 y ss.

- "Making sense of the rule of reason: a new standard for section 1 of the Sherman Act", *Vand. L. Rev.*, vol. 47, 1994, p. 1753 y ss.

-
- "Reconciling the per se and rule of reason approaches to antitrust analysis", *S. Cal. L. Rev.*, vol. 64, 1991, p. 685 y ss.
- R. PITOFISKY, "Antitrust in high-tech industries: a 19th century discipline addresses 21st century problems", *Tex. Rev. Law & Pol.*, vol. 4, 1999, p. 129 y ss.
- "New definitions of relevant market and the assault on antitrust", *Colum. L. Rev.*, vol. 90, 1990, p. 1805 y ss.
- "Joint ventures under the antitrust laws: some reflections on the significance of Penn-Olin", *Harv. L. Rev.*, vol. 82, 1969, p. 1007 y ss.
- R. PITOFISKY/ D. BALTO, "Antitrust and high-tech industries: the new challenge", *Antitrust Bull.*, vol. 43, 1998, p. 583 y ss.
- E. POLLOCK, "The new antitrust: its implications for the practitioner", *Antitrust L. J.*, vol. 54, 1985, p. 51 y ss.
- F. POMBO, "EU antitrust law in the area of financial services", [1996] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 395 y ss..
- J. F. PONS, "Politique de concurrence europeenne dans le secteur bancaire", conferencia pronunciada en el Congreso Sanguinetti, Bruselas, 22 de septiembre de 1998, (*cit. Politique de concurrence*), <europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1998_064_fr.html> (visitada 15/12/2000).
- M. POPOFSKY, "Integration, market power, and necessity: guideposts for the practitioner", *Antitrust L. J.*, vol. 54, 1985, p. 1141 y ss.
- M. POPOFSKY/ T. BROWN, "Production and distribution— The special problem of joint ventures", *PLI/Corp*, vol. 1163, 2000, p. 55 y ss.
- M. POPOFSKY/ D. GOODWIN, "The hard-boiled rule of reason revisited", *Antitrust L. J.*, vol. 56, 1987, p. 195.
- R. POSNER, "The next step in the antitrust treatment of restricted distribution: per se legality", *U. Chi. L. Rev.*, vol. 48, 1981, p. 6 y ss.
- "The Chicago school of antitrust analysis", *U. Pa. L. Rev.*, vol. 127, 1979, p. 925 y ss.
- "The rule of reason and the economic approach: reflections of the Sylvania decision", *U. Chi. L. Rev.*, vol. 45, 1977, p. 1 y ss.

R. POVEDA ANADON, "La desregulación del sistema bancario", en VVAA, *La banca española de los noventa*, Colegio de Economistas de Madrid, Madrid, 1990, p. 103 y ss.

W. PRATT/ J. SONDA/ M. RASCANELLI, "Refusals to deal in the context of network joint ventures", *Bus. Law.*, vol. 52, 1997, p. 531 y ss.

D. PRYWES, "ATM-related antitrust developments", *Bus. Law.*, vol. 46, 1991, p. 1063 y ss.

- "ATM network restraints on surcharges", *Bus. Law.*, vol. 45, 1990, p. 1973 y ss.

- "Antitrust challenge to interchange fees in shared ATM networks", *Bus. Law.*, vol. 44, 1989, p. 1124 y ss.

M. R. QUINTÁNS EIRAS, "Las recomendaciones colectivas de precios en el Derecho bursátil y en el Derecho de la competencia", *RDBB*, núm. 58, 1995, p. 487 y ss.

J. ROCA GUILLAMÓN, "Los contratos de crédito al consumo. Forma y contenido, reembolso anticipado y cobros indebidos (Ley 7/1995, de 23 de marzo)", en VVAA, *Crédito al consumo y transparencia bancaria*, Civitas, Madrid, 1998, p. 189 y ss. (*cit. Crédito al consumo*).

J. A. RODRÍGUEZ MIGUEZ, "Las entidades de crédito ante el control comunitario de las ayudas de Estado", *RDBB*, núm. 69, 1998, p. 81 y ss.

D. ROZANSKI, "United States", en OCDE, *Mergers in Financial Services*, DAF/CLP (2000) 17, Committee on Competition Law and Policy, Ginebra, 2000.

J. RUBIO VILAR, "Protección de los usuarios a través del Servicio de Reclamaciones del Banco de España. La experiencia del Servicio", en VVAA, *Crédito al consumo y transparencia bancaria*, Civitas, Madrid, 1998, p. 753 y ss., (*cit. Crédito al consumo*).

J. RUIZ PERIS, "Observaciones respecto a los Reglamentos nacionales de exención por categorías en el Derecho de la competencia español", *RGD*, núm. 576, 1992, p. 8363 y ss.

J. M. RUIZ-RICO RUIZ, "Problemática derivada de la subrogación prevista en el artículo 1.211 del Código Civil, y su aplicación a los créditos hipotecarios", *RJN*, núm. 9, 1994, p. 107 y ss.

J. M. RUIZ-RICO RUIZ/ M. UREÑA MARTÍNEZ, "Aspectos civiles de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios", *AC*, núm. 38, 1994, p. 785 y ss.

C. RULE, "Antitrust analysis of joint ventures in the banking industry- evaluating shared ATMs", Ponencia presentada ante la *Federal Bar Association* y la *American Bar Association*, 23 de mayo de 1985, reproducida en D. BAKER/ R. BRANDEL, *The law of EFT*, p. 24-79.

J. SAGRERA RULL, "Los acuerdos entre empresas y la nueva Ley española de defensa de la competencia", *DN*, núm. 0, 1990, p. 25 y ss.

A. M. SALA ANDRÉS, "Desarrollo procesar de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia en materia de autorizaciones singulares", *RGD*, núm. 576, 1992, p. 8591 y ss.

N. SALANITRO, "Disciplina antitrust e contratti bancari", *BBTC*, núm. 4, 1995, parte II, p. 415 y ss.

- "La concorrenza nel settore bancario", *BBTC*, núm. 6, 1996, parte I, p. 757 y ss.

H. SALMON, "Payments cards and European Competition Law: an Attempt at Evaluation", *JIBL*, núm. 1, 1990, p. 25 y ss.

J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, "Noticias. Decisión de la Comisión CEE en relación con ciertos convenios bancarios y el principio de libre competencia", *RDBB*, núm. 25, 1987, p. 227 y ss.

- "Noticias. Recurso ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre acuerdos bancarios y restricciones de la competencia", *RDBB* núm. 36, 1989, p. 887.

- "Noticias. Petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la CE sobre aplicación de normas en materia de competencia a la Banca española", *RDBB*, núm. 41, 1991, p. 217 y ss.

- "El Derecho de la competencia y la contratación bancaria", en VVAA, *Seguridad jurídica y contratación mercantil*, Civitas, Madrid, 1994, p. 267 y ss., (*cit Seguridad jurídica*).

M. C. SÁNCHEZ DE MIGUEL, "La nueva regulación bancaria en materia de condiciones del crédito y defensa del cliente en el Derecho español", *RDBB*, núm. 27, 1987, p. 503 y ss.

- "Entidades de crédito. Transparencia de las operaciones y protección de los clientes", *RDBB*, núm. 41, 1991, p. 129 y ss.

M. P. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, "Operaciones bancarias activas: el cálculo de la Tasa Anual (T.A.E.)", *CDC*, núm. 11, 1993, p. 278 y ss.

E. SANDERS, "Berkeley gives preliminary OK to ATM surcharge ban", *L. A. Times*, 15 de mayo de 1999, p. C2.

D. SARTI, "Osservazioni su norme bancarie uniformi, diritto antitrust e clausole di modifica unilaterale del rapporto", *BBTC*, núm. 1, 1998, parte II, p. 103 y ss.

A. SCHAUB, "EC competition system: proposals for reform", [1998] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 129 y ss.

H. SCHRÖETER, "Antitrust analysis under article 85(1) and (3)", [1987] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 645 y ss.

H. SCOTT, "The risk fixers", *Harv. L. J.*, vol. 91, 1978, p. 737 y ss.

O. SENERPONT, "Opposition to ATM fees spreading coast to coast", *Am. Banker*, 17 de noviembre de 1999, s/p.

M. SHERIDAN y R. BRENT, "Banks and EC remedies", en W. BLAIR (Editor), *Banks and remedies*, 2ª Ed., LLP, Londres- Hong Kong, 1999, p. 113 y ss.

B. SHOOK, "ATM surcharges: here today, gone tomorrow?", *Clarks' B.D.P.M.*, vol.5, 1997, p. 1 y ss.

B. SHULL, "The origins of antitrust in banking: an historical perspective", *Antitrust Bull.*, vol. 41, 1996, p. 255 y ss..

- "Tying and other conditional agreements under section 106 of the Bank Holding Company Act: a reconsideration", *Antitrust Bull.*, vol. 38, 1993, p. 859 y ss.

B. SHULL/ G. HANWECK, "Banking competition and antitrust policy: an introduction", *J. Reprints*, vol. 27, 1997, p. 3 y ss.

J. SIMS, "Developments in agreements among competitors", *Antitrust L. J.*, vol. 58, 1989, p. 433 y ss.

M. SIRAGUSA, "A critical review of the White Paper on the reform of the EC competition law enforcement rules", [1999] *Fordham Corp. L. Inst.*, s/p.

- "Rethinking article 85: problems and challenges in the design and enforcement of the EC competition rules, [1997] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 271 y ss.

- *Eur. Comp. L. Ann.* 1997, p. 543 y ss.

P. SLOT, "The application of article 3(f), 5 and 85 to 94 EEC", *ELR*, vol. 13, 1987, p. 179 y ss.

S. SOSNICK, "A critique of concepts of workable competition", *Q. J. Econ.*, vol. 72, 1958, p. 380 y ss

B. SOUSI-ROUBI, "Les systèmes de paiement: réflexions sur la notion de marché dans le secteur bancaire", en VVAA, *Le secteur bancaire et la concurrence/De banksector en de mededinging*, Bruylant, Bruselas, 1997, p. 133 y ss., (cit. *Le secteur bancaire*).

J. STAVINS, "ATM fees: does bank size matter", *FRB Boston- New Eng. Econ. Rev.*, enero/febrero, 2000, p. 13 y ss.

- "Checking accounts: what do banks offer and what do consumers value", *FRB Boston- New Eng. Econ. Rev.*, marzo/abril, 1999, p. 3 y ss.

J. STEENBERGEN, "Les règles de concurrence et le secteur bancaire", en VVAA, *Le secteur bancaire et la concurrence/De banksector en de mededinging*, Bruylant, Bruselas, 1997, p. 107 y ss., (cit. *Le secteur bancaire*).

J. STEIGER, "Effectively enforcing competition laws: some aspects of the U.S. experience", [1991] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 1 y ss.

E. STEINDORFF, "Article 85 and the rule of reason", *CML Rev.*, vol. 21, 1984, p. 639 y ss.

- "Article 85, Para. 3: no case for application by national courts", *CML Rev.*, vol. 20, 1983, p. 125 y ss.

R. STEUER, "Indiana Federation of dentists: the per se-rule of reason continuum (and a comment on state action)", *Cardozo L. Rev.*, vol. 8, 1987, p. 1101 y ss.

H. STOCK, "Connecticut banks slow to start ATM surcharging", *Am. Banker*, 6 de enero de 2000, s/p.

- "ATM surcharges now the norm despite outcry from consumers", *Am. Banker*, 23 de noviembre de 1999, s/p.

- "Debate over ATM fees flaring up in Congress", *Am. Banker*, 19 de noviembre de 1999, s/p.

- "San Francisco ATM fee vote has national implications", *Am. Banker*, 10 de agosto de 1999, s/p.

K. STOCKMANN, "EEC competition law procedure and member State competition laws", [1987] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 265 y ss.

H. P. STOEPHASIUS, "Enforcement of EC competition law by national authorities", en P.J. SLOT/ A. MacDONNELL, *Procedure and Enforcement in EC and US Competition Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 1993, (cit. *Procedure and Enforcement*), p. 34 y ss.

L. SULLIVAN, "Post-Chicago economics: economists, judges, and enforcement officials in a less determinate theoretical world", *Antitrust L. J.*, vol. 63, 1995, p. 670 y ss.

P. SUTHERLAND, "Towards a positive competition policy", *ECLR*, vol. 6, 1985, p. 283 y ss.

- "The competition policy of the European Community", *St. Louis U. L. J.*, vol. 30, 1985, p. 149 y ss.

A. TAPIA HERMINA, "Noticias. ¿Las condiciones bancarias uniformes relativas a la apertura de crédito en cuenta corriente y al afianzamiento en general afectan al juego de la competencia, ex artículos 85 y 86 del Tratado CE?", *RDBB*, núm. 79, 2000, p. 252 y ss.

R. TERMES CARRERO, "Parecer del presidente de la Asociación Española de la Banca Privada sobre la Orden de 17 de enero de 1981 y circulares complementarias", *RDBB*, núm. 2, 1981, p. 456 y ss.

G. TESAURO, "Some reflections on the Commission's White Paper on the modernisation of EC antitrust policy", *Eur. Comp. L. Ann.* 2000, p. 259 y ss.

F. THIBAUT, "Régime communautaire de l'entreprise. Règles de concurrence. TPICE, 14 juill. 1995, Aff. T-275/94, Groupement des cartes bancaires CB c/ Commission", *RTDCDE*, núm. 1, 1996, p. 161 y ss.

S. TIMBERG, "European and American antitrust laws—a comparison", *Antitrust Bull.*, vol. 7, 1962, p. 131 y ss.

A. M. TOBÍO RIVAS, "Libro Blanco de la Comisión sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 81 y 82 TCE", *ADI*, vol. 20, 1999, p. 1507 y ss.

- "Las exenciones por categorías en el Derecho español de la competencia: el RD 157/1992", *DN*, núm. 24, 1992, p. 23 y ss.

- "Exenciones por categorías, autorización singular y registro de defensa de la competencia en España", *ADI*, vol. 14, 1991-92, p. 757 y ss.

- "El anteproyecto de Ley de defensa de la competencia", *ADI*, vol. 12, 1987-88, p. 623 y ss.

J. TORNO MÁS, "Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999 sobre la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989", *Anuario de la Competencia* 1999, p.97 y ss.

D. TRIANTAFYLLOU, "Les règles de la concurrence et l'activité étatique y compris les marchés publics", *RTDE*, núm. 1, 1996, p. 57 y ss.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, *Memoria [1996]*, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1997.

- *Memoria [1995]*, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1996.

- *La competencia en España: balance y nuevas propuestas*, Ministerio de Economía y Hacienda, 1995, (cit. *La competencia en España*).

- *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*, Ministerio de Economía y Hacienda, 1994, (cit. *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia*).

M. TRONCOSO REIGADA, "El marco normativo de los ilícitos desleales con relevancia antitrust (Reflexiones en torno al art. 7 LDC)", en *VVAA, Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996, p. 1035 y ss (cit. *Homenaje al Prof. Menéndez*).

C. TUNZO, "Ancillary restraints in a competitive global economy: does the possibility exist for an ancillary restriction to be reasonable in light of section 1 of the Sherman Act", *Duq. L. Rev.*, vol. 29, 1991, p. 291 y ss.

L. C. UBERTAZZI, "Imprese bancarie e Diritto comunitario antitrust", en *VVAA, La concorrenza bancaria*, Milán, Giuffrè, 1985, p. 135 y ss.

U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE/ FEDERAL TRADE COMMISSION, *Horizontal Merger Guidelines (1992), as Revised (1997)*, Washington, 1997, <<http://www.ftc.gov/bc/docs/horizmer.htm>> (visitada 25/4/2001).

-*Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, Washington, 1995, <<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/ipguide.htm#back10>> (visitada 25/4/2001).

I. VAN BAEL, "Insufficient judicial control of EC competition law enforcement", [1992] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 329 y ss.

A. VAN DER BEEK, "L'influence du droit communautaire sur le secteur bancaire", *RIDE*, núm. 1, 1992, p. 3 y ss.

M. VAN DER WOUDE, "The Court of First Instance: the first three years", [1992] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 621y ss.

K. VAN MIERT, "EU competition policy in the banking sector", conferencia ante la *Asociación Belga de Bancos*, Bruselas, 22 de septiembre de 1998 (*cit. EU competition policy*), <europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1998_063_en.html> (visitada 15/12/2000).

- "The competition policy of the new Commission", discurso de apertura ante la EG-Kartellrechtsforum der Studienvereinigung Kartellrecht, Bruselas, 11 de mayo de 1995 (*cit. The competition policy*), <http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1995_037e_en.html> (visitada 26/9/2001).

L. VASQUES, "Tribunale di Primo Grado delle comunità europee; sezione IV; sentenza 8 marzo 1995, causa T-34/93; Pres. Lenaerts; Société Générale c. Commissione Ce.", *For. It.*, 1995, núm. 6, parte IV, p. 194 y ss.

C. VATTIER FUENZALIDA, "La subrogación y la modificación de los préstamos hipotecarios, según la Ley 2/1994, de 30 de marzo", *AC*, núm. 31, 1994, p. 601 y ss.

J. M. VÁZQUEZ PENA, "Directiva europea relativa a las transferencias transfronterizas", *RDBB*, núm. 65, 1997, p. 359 y ss.

J. VENIT, *Eur. Comp. L. Ann.* 1997, p 567 y ss.

J. F. VERSTRYNGE, "Current antitrust policy issues in the EEC: some reflections on the second generation of competition policy", [1984] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 673 y ss.

X. VIVES, "La nueva competencia", *PPEE*, núm. 44, 1990, p. 20 y ss.

- "Banking competition and European integration", en A. GIOVANNINI/ C. MAYER (Editores), *European financial integration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991, p. 9 y ss.

D. WAELBROECK, "Le secteur bancaire au regard du droit de la concurrence - principes juridiques de base", en VVAA, *Le secteur bancaire et la concurrence/ De banksector en de mededinging*, Bruylant, Bruselas, 1997, p. 9 y ss., (*cit. Le secteur bancaire*).

M. WAELBROECK, "Antitrust analysis under article 85 (1) and article 85 (3)", [1987] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 693 y ss.

- "Competition, integration and economic efficiency in the EEC from the point of view of the private firm", *Mich. L. Rev.*, vol. 82, 1984, p. 1439 y ss.

S. W. WALLER. "Understanding and appreciating EC competition law", *Antitrust L. J.*, vol. 61, 1992, p. 55 y ss.

P. WARNER/ M. TREBILCOCK, "Rethinking price-fixing law", *McGill L. J.*, vol. 38, 1993, p. 679.

M. WATERS, "Letter: on surcharging, democracy should trump economics", *Am. Banker*, 7 de enero de 2000, s/p.

J. WEIRD, "After Chicago: an exaggerated demise?", *Duke L. Rev.*, 1986, p. 1003 y ss.

R. WESSELING, "The Commission notices on decentralization of EC antitrust law: in for a penny, not for a pound", *ECLR*, vol. 18, 1997, p. 94 y ss.

R. WHISH/ B. SUFRIN, "Article 85 and the rule of reason", [1987] *Yearbook Eur. Integ.*, vol. 7, 1988, p. 1 y ss.

L. WHITE, "Banking, mergers, and antitrust: historical perspectives, and the research tasks ahead", *Antitrust Bull.*, vol. 41, 1996, p. 323 y ss.

- "What should banks really do?", *Contemp. Pol. Issues*, vol. 10, 1992, p. 104 y ss.

W. WILS, "The modernisation of the enforcement of articles 81 and 82 EC: a legal and economic analysis of the Commission's proposal for a new Council Regulation replacing Regulation no. 17", [2000] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 313 y ss.

- "Notification, clearance and exemption in EC competition law: an economic analysis", *ELR*, vol. 24, 1999, p. 139 y ss.

A. WINCKELMANS DE CLETY, "Le système eurocheque et la communauté eurocheque", en A. BENOIT-MOURY/ K. GEENS (Editores), *La coopération entre entreprises/De samenwerking tussen ondernemingen*, Bruselas-Amberes, Bruylant-Kluwer, 1993, p. 271 y ss., (cit. *Le coopération entre entreprises*).

C. WOKER, "Illinois democrat to push a *Financial Bill of Rights*", *Am. Banker*, 3 de mayo de 2000, s/p.

D. WOLF, "Comment on the White Paper on the reform of EC competition law", [1999] *Fordham Corp. L. Inst.*, s/p.

- "EC competition law—the millennium approaches", [1997] *Fordham Corp. L. Inst.*, p. 335 y ss.

D. WOOD-HUTCHINSON, "Antitrust 1984: five decisions in search of a theory", *Sup. Ct. Rev.*, 1984, p. 69 y ss.

F. J. ZAMORA CABOT, "Algunas claves actuales del Derecho *antitrust* de los Estados Unidos", *RDM*, núms. 181-182, 1986, p. 367 y ss.

F. ZUNZUNEGUI, "Competencia, banca y tarjetas de crédito", *Expansión*, 14 de junio de 1999, p. 62-63.

UNIVERSIDADE DA CORUÑA
Servicio de Bibliotecas



1700744461